

Publicações da Escola da AGU

Gestão Pública Democrática

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 18	p. 1-420	maio/jun. 2012
---------------------------------	----------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Hélia Maria de Oliveira Bettero	Procuradora-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	Secretaria-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
Filipo Bruno Silva Amorim	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Filipo Bruno Silva Amorim
Nauana Corrêa de Oliveira

SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO

Ana Lucia Amorim de Brito
Secretária de Gestão Pública

Valéria Alpino Bigonha Salgado
Diretora do Departamento de Inovação e Melhoria da Gestão

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima e Gláucia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas no conteúdo publicado, são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Gestão Pública Democrática - Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal - Ano IV, n. 18 (maio/junho 2012).- Brasília: EAGU - mensal.
A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico Bimestral. e a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal
ISSN 2236-4374

1. Direito Público – Brasil I. Título. II. Série

CDD 340.5
CDU 34(05)

SUMÁRIO

Editorial.....	7
----------------	---

TEMA 1: LIMITES DA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E DO CONTROLE SOBRE O PODER EXECUTIVO

A Atuação dos Três Poderes da República, do Tribunal de Contas e do Controle Social na Formulação, Execução e Controle da Política Fiscal da União <i>The Role of the Three Powers of the Republic, of the Brazilian General Accounting Office and of the Social Control on the Formulation, Execution and Control of the Federal Fiscal Policy</i> Carlos Frederico Rubino Polari de Alverga	9
---	---

Direito ao Tratamento de Saúde com Medicamento não Fornecido pelo SUS: uma análise à luz do princípio da reserva do possível e do estado democrático de direito <i>The Right to Receive a Medical Treatment not Provided By SUS: an analysis under the perspective of the principle of the possible reserve and of the democratic law state</i> Carlos Marden Cabral Coutinho.....	25
--	----

Reserva de Jurisdição: classificação doutrinária e jurisprudência brasileira <i>Judicial Reserve: Theoretical Analysis and Brazilian Higher Courts Precedents</i> Daniel Pinheiro de Carvalho.....	45
--	----

A Tensão Entre Judiciário e Executivo a Partir do Direito à Moradia <i>The Tension Between The Judiciary And Administration In Housing Demands</i> Maria Laura de Souza Coutinho.....	67
---	----

A Gestão de Pessoas e a Judicialização: ameaça às políticas públicas? <i>Human Resources Management and Judicialization: a threat to public policies?</i> Valéria Porto Rogério Xavier Rocha.....	87
--	----

TEMA 2: EQUILÍBRIO DEMOCRÁTICO E CONTROLE SOCIAL: SOCIEDADE CIVIL E PARTICIPAÇÃO SOCIAL NAS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS

O Conselho Nacional de Previdência Social e o Estado Democrático de Direito <i>The Social Welfare Council (Cnps) and the Democratic Rule of Law</i> Estela Vilela Gonçalves	107
---	-----

O Controle Social na Administração Pública para Eficácia do Plano Diretor. O Exercício Popular. Uma Visão a Partir da Constituição Simbólica e das Medidas de Salvaguarda <i>The Social Control in Public Administration for Effectiveness of Planning Director. The Popular Exercise. A View From the Symbolic Constitution and Protective Measure</i> Frederico Garcia Guimarães Maria Eliza Lemos Schueller Pereira da Silva.....	127
---	-----

A Participação e o Controle Social nas Políticas para as Mulheres: desafios postos para a gestão pública <i>Participation and Social Accountability in Public Policies for Women: challenges to the public sector</i> Maria Elisa Almeida Brandt Carla de Paiva Bezerra	149
---	-----

Democracia Participativa: o plano plurianual participativo no Estado da Bahia <i>Participative Democracy: plurianual participative planning of Bahia</i> Maria Inês Caetano Ferreira Eluammi Rocha Matos.....	171
--	-----

Análise da Reprodução do Modelo Federal das Parcerias da Administração Pública com as Entidades do Terceiro Setor nos Estados da Federação Brasileira <i>The Reproduction of the Federal Legal Model of Partnerships Between Public Administration and Non Profit Organizations Regarding Member States of the Brazilian Federation</i> Maria Tereza Fonseca Dias Janaína Diniz Ferreira de Andrade.....	189
--	-----

Accountability, Controle Social e Coprodução do Bem Público: a atuação de vinte observatórios sociais brasileiros voltados à cidadania e à educação fiscal <i>Accountability, social control and co-production of public goods: the action of twenty Brazilian social observatories aimed at citizenship and fiscal education</i> Paula Chies Schommer Jonas Tadeu Nunes Rubens Lima Moraes	229
--	-----

Democracia e Sustentabilidade nas Administrações Municipais: a agenda 21 no interior do Rio Grande do Sul <i>Democracy and Sustainability in Municipal Administrations: agenda 21 in Rio Grande do Sul.</i> Sandro Ari Andrade de Miranda Luciana Leal de Matos de Miranda.....	259
---	-----

TEMA 3: NOVOS RUMOS PARA A GESTÃO PÚBLICA

Profissionalização nos Cargos de Confiança: uma proposta de mudança no processo de nomeação dos Ministros de Estado visando sua maior qualificação <i>Professionalization of Positions of Trust: a proposal for change in the appointment of Ministers of State, seeking their highest qualification.</i> Alexandre Borsato Camila Cintra Moura Cláudio Lima Aguiar.....	275
---	-----

Inovação Gerencial em Governos Subnacionais: a experiência da prefeitura municipal de Vitória <i>Management Innovation un a Context of Decentralization: the experience of city hall in Vitória</i> <i>Eduardo José Grin</i>	295
Uma Análise da Gestão do Instituto Próprio de Previdência do Município de Santa Helena – PB, no ano de 2010 <i>An Analysis of the Management of Own Pension Office of the city of St. Helena - PB, in the year 2010</i> <i>Gislany Assis da Silva</i> <i>Heriano Azevedo de Lucena</i> <i>Joseilma Dantas Ageu</i>	321
Práticas Colaborativas na atuação dos Órgãos de Justiça no enfrentamento da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher <i>Collaborative Practices in Domestic and Familiar Violence against Woman Agencies of Justice</i> <i>Jaqueline Barbosa Pinto Silva</i>	343
Poder Judiciário e a Administração da Justiça: do patrimonialismo à gestão eficiente <i>The Judiciary and the Administration of Justice: from patrimonialism to management efficiency</i> <i>Marcelo Henrique Pereira Marques</i>	363
A Evolução Legislativa do Contrato Administrativo no Brasil à Sombra do Procedimento Licitatório até a Promulgação do Decreto-lei nº 2.300/86 e, Posteriormente, da Lei nº 8666/93, no Estado Democrático de Direito <i>The Legislative Evolution of the Administrative Contract in Brazil in the Shadow of the Bidding Process Until the Promulgation of Decree-Law nº 2.300/86 and, Subsequently, of Law nº 8666/93, in a Democratic State</i> <i>Natália Ciscotto Ferreira</i>	383
A Evolução Histórica do Instituto da Arbitragem no Brasil e sua Aplicabilidade no Âmbito dos Contratos Administrativos em Geral: a arbitrabilidade estatal como um dos meios de resolução de conflitos com a Administração Pública <i>The Historical Evolution of the Institute of Arbitration in Brazil and its Applicability in the Scope of Administrative Contracts in General: arbitrability to solve conflicts with the public administration</i> <i>Raquel Mousinho de Moura Fé</i>	403

EDITORIAL

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

O Seminário nasceu da necessidade de se criar espaços institucionais abertos ao livre debate entre profissionais das diversas áreas do conhecimento e experiência, do setor público e da sociedade, dando oportunidade ao confronto de conceitos e entendimento acerca da democracia, do direito e da gestão pública.

Para estimular a reflexão e produção de conhecimento, convidamos dirigentes, servidores da administração pública e especialistas da área do direito, favorecendo o debate construtivo dentro de um espírito de confiança e colaboração. Os participantes elaboraram artigos que tratam de três temas: Limites da Autonomia Administrativa e do Controle sobre o Poder Executivo; Equilíbrio Democrático e Controle Social: Sociedade Civil e Participação Social nas Organizações Públicas; e Novos Rumos para a Gestão Pública.

Portanto, a presente publicação apresenta uma seleção de trabalhos que abordam as relações entre a democracia, o direito e a gestão pública, sob múltiplos escopos, abordagens e campos disciplinares.

A todos, uma ótima leitura!

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU

Filipo Bruno Silva Amorim
Vice-Diretor da Escola da AGU

A ATUAÇÃO DOS TRÊS PODERES DA REPÚBLICA, DO TRIBUNAL DE CONTAS E DO CONTROLE SOCIAL NA FORMULAÇÃO, EXECUÇÃO E CONTROLE DA POLÍTICA FISCAL DA UNIÃO

*THE ROLE OF THE THREE POWERS OF THE REPUBLIC, OF THE
BRAZILIAN GENERAL ACCOUNTING OFFICE AND OF THE SOCIAL
CONTROL ON THE FORMULATION, EXECUTION AND CONTROL OF
THE FEDERAL FISCAL POLICY*

Carlos Frederico Rubino Polari de Alverga

*Analista de Finanças e Controle da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da
Fazenda, graduado em Economia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)
e Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB)*

SUMÁRIO: Introdução: 1 Definição e Relevância da Atividade Financeira do Estado; 2 Participação do Poder Executivo na Formulação e na Execução da Política Fiscal; 3 Participação do Poder Executivo no Controle da Política Fiscal; 4 Participação do Poder Legislativo na Formulação e Execução da Política Fiscal; 5 Participação do Poder Legislativo no Controle da Política Fiscal; 6 Participação do Poder Judiciário na Formulação e Execução da Política Fiscal; 7 Participação do TCU no Controle da Política Fiscal; 8 Participação da Sociedade Civil no Controle da Política Fiscal; Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O artigo intenta fornecer uma visão abrangente e integrada do processo de formulação, execução e controle da política fiscal da União, abordando a atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Tribunal de Contas da União (TCU) e do controle social no mencionado processo.

PALAVRAS-CHAVE: Política Fiscal. Controle. Direito Financeiro. Finanças Públicas. Orçamento Público.

ABSTRACT: The article aims to provide a complete and integrated overview of the process of formulation, execution and control of the fiscal policy approaching the action of the Executive, Legislative and Judiciary Powers, of the General Accounting Office of Brazil and of the social control in the mentioned process.

KEYWORDS: Financial Law. Public Finances. Fiscal Policy. Financial Activity of the State. Public Budget.

Inicialmente é apresentada a definição de política fiscal, descrita como relevante componente da política econômica do Governo, uma vez que a política fiscal, por se referir, simultaneamente, à receita e à despesa públicas, ou seja, à tributação que o Estado exerce sobre a renda, o patrimônio e o consumo das pessoas físicas e jurídicas da sociedade, bem como aos dispêndios que o Governo efetua por meio do Orçamento Geral da União, influencia em importantes variáveis macroeconômicas, tais como os níveis de inflação, consumo, emprego, investimento entre outras, as quais repercutem diretamente na vida da população, sendo relevante para a mensuração da renda real da sociedade.

Posteriormente, é abordada a formulação da política fiscal, na qual o elemento mais importante é o estabelecimento, no Anexo de Metas Fiscais (AMF) da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), da meta de resultado fiscal primário do setor público federal. Além disso, o alcance da meta fiscal da LDO influirá decisivamente na execução orçamentária do exercício, pois, se houver insuficiência de arrecadação tributária, haverá limitação de empenho para assegurar o cumprimento da mencionada meta fiscal, conforme preconiza a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

No que se refere à execução da política fiscal, o papel preponderante cabe ao Executivo, por meio da atuação da Secretaria do Orçamento Federal (SOF) e da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), que são os dois órgãos da Administração que realizam o acompanhamento da evolução da arrecadação tributária da União com o objetivo de proporcionar o alcance da meta fiscal, realizando, quando da ocorrência de frustração da receita tributária do Governo Federal, o contingenciamento da execução do orçamento da despesa pública, a limitação de empenho, por intermédio da edição do Decreto de Programação Orçamentária e Financeira, o qual consta de dispositivo da LRF.

Por outro lado, o Legislativo participa do processo da política fiscal discutindo e aprovando a Lei Orçamentária Anual (LOA), em relação a qual os parlamentares podem propor emendas, bem como as demais leis orçamentárias (o plano plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e as Leis de créditos adicionais), e, também, fiscalizando, em conjunto com o TCU, a gestão fiscal de acordo com os dispositivos da LRF pertinentes ao assunto. A participação efetiva do Poder Legislativo no orçamento e, por conseguinte, na política fiscal, ocorre, principalmente, na questão das emendas parlamentares à LOA, emendas essas que são disciplinadas por dispositivos constitucionais, os quais admitem a proposição de emendas congressuais mediante somente anulação de despesas que estejam previstas no Projeto de Lei de Orçamentária Anual (PLOA). Pela Constituição, não pode haver a anulação de despesas para a proposição

de emendas ao PLOA nas dotações que se refiram a dispêndios com pessoal e encargos sociais, serviço da dívida e transferências tributárias constitucionais para os Estados, Distrito Federal e Municípios. Além do antes exposto, as referidas propostas de emendas devem ser compatíveis com o PPA e com a LDO.

Posteriormente, é explanada a participação do Judiciário na execução da mencionada política, a qual se dá, principalmente, na questão dos precatórios, os quais devem ser pagos pelo Executivo que, para poder efetivar os pagamentos, necessita alocar no orçamento anual os créditos e dotações com os quais serão realizados os pagamentos aos beneficiários dos precatórios. Estes são sentenças transitadas em julgado pelo Poder Judiciário determinando que o Poder Público, no caso, o Poder Executivo Federal, pague débitos judiciais a pessoas físicas e jurídicas. Esta questão tem implicações para a elaboração, execução e controle da política fiscal, na medida em que, pela Constituição Brasileira, no seu artigo 100, parágrafo 5º :

é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Após abordar a participação do Poder Judiciário na política fiscal, é feita referência à atuação do Tribunal de Contas da União no que diz respeito ao controle que esta Corte exerce sobre a aludida política, principalmente em decorrência das atribuições que lhe foram conferidas pela LRF, tais como o acompanhamento, relativamente aos limites, em percentual da receita corrente líquida, dos montantes das dívidas mobiliária e consolidada, despesas com pessoal ativo e inativo, operações de crédito, concessão de garantias e, também, o monitoramento das situações que requeiram a realização de limitação de empenho, bem como no que concerne aos fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

Por fim, será examinado o papel reservado para o exercício do controle social, da sociedade civil, destacando os dispositivos constitucionais e legais que conferem aos cidadãos em geral a faculdade de apreciar os documentos que representam as prestações de contas dos administradores públicos nacionais, os respectivos pareceres prévios emitidos pelos correspondentes Tribunais de Contas, a

execução orçamentária e financeira, principalmente da União, o poder, conferido pela Constituição, para que qualquer cidadão seja parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, entre outros dispositivos dessa natureza.

INTRODUÇÃO

A política fiscal é o componente da política econômica que se refere, por um lado, às receitas públicas, ou seja, à arrecadação dos tributos do Estado sobre a renda, o patrimônio e o consumo das pessoas físicas e jurídicas, e, por outro lado, aos dispêndios do Governo, os quais estão explicitados no orçamento público. Desta forma, a política fiscal abrange dois componentes distintos, o relativo à política tributária, concernente à receita pública, e a política orçamentária, pertinente à despesa pública. Pode-se considerar que o desempenho, pelo Governo, da política fiscal seria a forma deste último operacionalizar a sua atividade financeira.

No Brasil, a principal questão em torno da política fiscal é o estabelecimento da meta de resultado primário do Governo Central (Tesouro, Banco Central do Brasil e Previdência Social), a qual consta do Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias (AMF/LDO), e que é um importante parâmetro tanto para a elaboração quanto para a execução orçamentária do Governo Federal. O mencionado resultado corresponde à economia de recursos no orçamento não financeiro da União para que esses recursos sejam destinados ao pagamento do serviço (amortização+juros) da dívida pública.

A mencionada política influencia importantes variáveis macroeconômicas, tais como os níveis de inflação, consumo, emprego, investimento entre outras, as quais repercutem diretamente na vida da população, sendo determinante para a mensuração da renda disponível real da sociedade. Entende-se por renda disponível real da sociedade como sendo o poder aquisitivo, a capacidade de compra associada ao nível da renda após a incidência dos tributos (impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios). Na espécie tributos, os gêneros impostos, taxas, contribuições de melhoria são tributos devido à definição legal contida no Código Tributário Nacional (CTN), e o gênero empréstimo compulsório é considerado tributo pela jurisprudência.

1 DEFINIÇÃO E RELEVÂNCIA DA ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO

A atividade financeira do Estado (AFE) é crucial para a determinação da magnitude das principais variáveis macroeconômicas, tais como a renda, o emprego, a demanda, a massa salarial, as taxas de juros, o investimento, entre outras.

A AFE é estudada tanto sob o aspecto jurídico quanto sob o aspecto econômico: no primeiro caso, há a abordagem do Direito Financeiro e, no segundo, das Finanças Públicas.

O presente artigo se valerá das duas abordagens para tentar explicar de que forma ocorre a participação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como para tentar explicar de que forma são exercidos os controles efetuados pelo Tribunal de Contas da União (TCU), pela Controladoria Geral da União (CGU) e pela sociedade civil relativamente ao processo de formulação, execução e controle da política fiscal federal.

2 PARTICIPAÇÃO DO PODER EXECUTIVO NA FORMULAÇÃO E NA EXECUÇÃO DA POLÍTICA FISCAL

As receitas dos tributos arrecadados pela União são recolhidas à conta única do Tesouro Nacional, órgão que tem participação estratégica na execução da política fiscal do Governo Federal, pois é o órgão que determina a programação financeira da execução do orçamento geral da União, em obediência ao artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Este artigo preconiza que o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso, o que é feito mediante a edição do Decreto de Programação Orçamentária e Financeira, o qual enuncia os limites de empenho e pagamento, ou seja, os parâmetros que presidirão a execução orçamentária e financeira da despesa do Governo Federal, a serem obedecidos pela administração direta e indireta do Poder Executivo da União no exercício financeiro.

A STN é, pela Lei nº 10.180/2.001, o órgão central do sistema federal de administração financeira, pela qual ela desempenha a função de “ditar” o ritmo da execução financeira do orçamento, com a finalidade de propiciar o alcance da meta de resultado primário estipulada pelo Governo Federal para o exercício, a qual consta do AMF/LDO, e é o mais relevante parâmetro para a execução da política fiscal. É importante assinalar que o referido Decreto abrange apenas os orçamentos fiscal e da seguridade social do Poder Executivo Federal.

Já a participação da SOF no processo de formulação/execução da política fiscal se dá, principalmente, pelo lado da política orçamentária, que é o fundamento da execução da despesa pública. A SOF elabora a proposta orçamentária da União, enviada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional até 31/8 de cada exercício. Além disso, a SOF atua na instituição dos limites de empenho. Outra função de suma importância desempenhada pela SOF é a da previsão da arrecadação das receitas públicas, obedecendo ao artigo 12 da LRF, o qual tem o seguinte conteúdo:

Art. 12. As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas.

A LRF também dispõe no sentido de que a receita deve ser desdobrada em previsões bimestrais de arrecadação. Após fazer isso, o Poder Executivo Federal, por intermédio da STN e da SOF, acompanha e monitora, ao longo do exercício financeiro, a evolução da arrecadação tributária, de modo a assegurar o cumprimento da meta estipulada no AMF/LDO.

Caso a arrecadação apresente um comportamento deficitário relativamente ao previsto, certamente haverá limitação de empenho, para garantir o alcance da meta fiscal. A mencionada lei, na sua redação original, previa que o poder Executivo poderia intervir na execução orçamentária dos demais Poderes e do Ministério Público, caso estes não realizassem a limitação de empenho nos montantes devidos. Entretanto, uma ação direta de inconstitucionalidade questionou a constitucionalidade desse dispositivo, e o STF suspendeu liminarmente a eficácia do citado dispositivo, em sede de medida cautelar de ADIN.

Caso contrário, ou seja, se a arrecadação tributária do Governo Federal for superior à previsão, ou seja, caso haja excesso de arrecadação, haverá a possibilidade de ocorrer a situação oposta à limitação de empenho, ou seja, poderá haver a abertura de créditos adicionais, tendo em vista que o excesso de arrecadação é uma das fontes de créditos adicionais suplementares e especiais, de acordo com dispositivo contido na Lei nº 4.320/64, artigo 43, § 1º, II.

3 PARTICIPAÇÃO DO PODER EXECUTIVO NO CONTROLE DA POLÍTICA FISCAL

A participação do Poder Executivo no controle da política fiscal se dá, basicamente, pela ação da Controladoria Geral da União (CGU), órgão diretamente subordinado à Presidência da República (PR). A CGU/PR exerce o controle interno no âmbito do Poder Executivo Federal, e tem suas atribuições elencadas no artigo 74 da Constituição da República. O órgão subordinado à CGU/PR que exerce o controle interno do Poder Executivo da União é a SECRETARIA FEDERAL DE CONTROLE INTERNO (SFCI/CGU). São as seguintes as prerrogativas constitucionais da CGU, no que se refere ao controle da execução da política fiscal, tanto pelo aspecto da arrecadação da receita pública quanto pelo da realização da despesa pública:

- 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

Desta forma, pode-se concluir que as funções constitucionais do controle interno do Poder Executivo da União que dizem respeito aos itens I e II acima estão todos relacionados à execução da despesa pública, enquanto o item III é relativo tanto às despesas públicas (operações de crédito concedidas pela União) quanto pelo lado das receitas públicas (operações de crédito contraídas pela União e seus direitos e haveres).

4 PARTICIPAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO NA FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO DA POLÍTICA FISCAL

A participação do Poder Legislativo na formulação e execução da política fiscal ocorre, principalmente, na formulação de emendas ao projeto de lei orçamentária anual (PLOA), que é enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional até o dia 31 de agosto de cada exercício financeiro.

As emendas parlamentares ao PLOA, em regra, só podem ser formuladas mediante anulação de outras dotações constantes do referido projeto, de modo que a despesa total não seja aumentada.

Não podem servir de base para o cancelamento de dotações constantes do PLOA, para efeito de emendas parlamentares, as dotações para despesas com pessoal e encargos sociais, serviço da dívida e transferências tributárias constitucionais às pessoas políticas, que são os entes da Federação, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, segundo o art.166, parágrafo 3º da Constituição Federal.

Além disso, a Constituição também preconiza que as emendas parlamentares sejam compatíveis com os dispositivos do PPA, da LDO ou sejam relacionadas com a correção de erros ou omissões; ou com os dispositivos do texto do projeto de lei. Já pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), artigo 12, § 1º, o Poder Legislativo só pode reestimar a receita prevista no PLOA em caso de omissão ou erro de ordem técnica ou legal.

O Senado Federal desempenha relevante função no que concerne ao processo de formulação e execução da política fiscal, exercendo as seguintes atribuições constitucionais, arroladas no artigo 52, V a IX da Carta Política, incisos os quais preconizam que é competência privativa do Senado Federal realizar as seguintes tarefas:

- autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;
- fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;
- dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;
- estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Conforme se pode depreender do acima exposto, essas prerrogativas constitucionais desempenhadas pelo Senado têm implicações tanto no que se refere à receita pública (operações de crédito contraídas pelos entes da Federação, dívidas consolidada, mobiliária e contratual das pessoas políticas), quanto no que concerne à despesa pública (operações de crédito concedidas pelas entidades estatais), configurando, assim, a influência das decisões do Senado na política fiscal dos entes federativos, aí incluída a União. Convém ressaltar que, no caso da dívida mobiliária federal, a atribuição de dispor sobre o respectivo montante cabe, conjuntamente, ao Congresso Nacional e ao Presidente da República mediante sanção, de acordo com o artigo 48, XIV da Carta Magna.

5 PARTICIPAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO NO CONTROLE DA POLÍTICA FISCAL

A LRF estabelece, em seu artigo 9º, § 4º, o seguinte:

Até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em audiência pública na comissão referida no § 1º do art. 166 da Constituição ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais.

É o Secretário do Tesouro Nacional que comparece, quadrimestralmente, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional (CMPOPF/CN), que é a comissão referida no § 1º do art. 166 da Constituição Federal, para avaliar o cumprimento das metas constantes do Anexo de Metas Fiscais da LDO no exercício.

6 PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO DA POLÍTICA FISCAL

A participação do Judiciário na formulação e execução da mencionada política se dá, principalmente, na questão dos precatórios, os quais devem ser pagos pelo Executivo que, para poder efetivar os pagamentos, necessita alocar no orçamento anual os créditos e dotações com os quais serão realizados os pagamentos aos beneficiários dos precatórios.

Os precatórios são sentenças transitadas em julgado pelo Poder Judiciário determinando que o Poder Público, no caso, o Poder Executivo

Federal, pague débitos judiciais a pessoas físicas e jurídicas. Esta questão tem implicações para a elaboração, execução e controle da política fiscal, na medida em que, pela Constituição Brasileira, no seu artigo 100, parágrafo 5º, estabelece que “é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente”.

A LRF contém importante dispositivo sobre o tema precatórios, no seu artigo 30, § 7º, o qual preconiza que “Os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos integram a dívida consolidada, para fins de aplicação dos limites.” Conforme se pode depreender do dispositivo citado, ele acarreta consequências para a política fiscal, na medida em que incrementa a dívida fundada, a qual, segundo a mesma LRF, artigo 29, inciso I, consiste no “montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses.” O mesmo normativo estabelece, em seu artigo 29, § 3º, que “Também integram a dívida pública consolidada as operações de crédito de prazo inferior a doze meses cujas receitas tenham constado do orçamento”.

7 PARTICIPAÇÃO DO TCU NO CONTROLE DA POLÍTICA FISCAL

A participação do Tribunal de Contas da União (TCU) no controle da mencionada política se dá, principalmente, pelas atribuições que foram a ele destinadas pelos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

O artigo 59 da LRF preconiza que o TCU e os demais Tribunais de Contas avisarão aos poderes das entidades estatais, que são os entes da Federação, União, Estados, Distrito Federal e Municípios quando os limites para as seguintes variáveis superarem 90 por cento do respectivo limite, em percentual da receita corrente líquida (RCL): Dívida consolidada; Dívida mobiliária; Despesas com pessoal; Operações de crédito; Concessão de garantias.

O TCU e os Tribunais de Contas respectivos, também segundo a LRF, avisarão aos poderes das esferas federativas quando os gastos com inativos e pensionistas se encontrarem acima dos limites legais, sobre a possibilidade de haver a necessidade de fazer limitação de empenho para

assegurar o alcance da meta fiscal, bem como fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas e, também, indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

Além disso, o TCU e as Cortes de Contas competentes dos demais entes da Federação verificarão o cumprimento dos limites de despesas com pessoal, em relação à receita corrente líquida, dos poderes das esferas de poder.

A Lei 8.666/93 estatui, em seu artigo 113, que o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente.

A Constituição Federal também atribui ao TCU, em seu artigo 70, caput, a competência de fiscalizar aplicação das subvenções e a renúncia de receitas, o que faz com que a Lei Maior atribua à Corte de Contas a prerrogativa de fiscalizar e controlar a execução da política fiscal tanto pelo lado da receita pública quanto pelo aspecto da despesa pública.

Além disso, a Constituição Federal também atribui ao TCU, em seu artigo 72, uma relevante função de controle no que se refere à execução da política fiscal, pelo lado da despesa pública, estabelecendo que, **EM CASO DE INDÍCIOS DE DESPESAS NÃO AUTORIZADAS, AINDA QUE SOB A FORMA DE INVESTIMENTOS NÃO PROGRAMADOS OU DE SUBSÍDIOS NÃO APROVADOS**, A CMPOPF/CN, em caso de o órgão não esclarecer satisfatoriamente o questionamento da referida comissão, solicitará ao Tribunal de Contas da União pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de trinta dias, e, caso o TCU entenda irregular a despesa, a Comissão, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação.

8 PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NO CONTROLE DA POLÍTICA FISCAL

A participação da Sociedade Civil no controle da política fiscal é contemplada no arcabouço jurídico-legal pátrio nos seguintes normativos:
Na LRF:

Art. 48, parágrafo único: A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a:

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;

II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.

Art. 49 - As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

Na Constituição de 88:

art. 5º, LXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

[...]

art. 29 - O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:[...]

XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

[...]

Art. 31, § 3º - As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

[...]

Art. 74, § 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.

Na Lei 8.666/93:

Art. 113, § 1º - Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

No ESTATUTO DA CIDADE (Lei Federal nº 10.257/2001), consta o seguinte dispositivo que se refere ao controle social sobre o orçamento público e que, em decorrência disso, tem relação com o controle da política fiscal:

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição *obrigatória* para sua aprovação pela Câmara Municipal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme os argumentos apresentados ao longo do artigo pode-se concluir que os três Poderes da República da esfera federativa federal, o Tribunal de Contas da União e a sociedade civil, por intermédio do controle social, participam do processo de formulação, execução e controle

da política fiscal, a qual diz respeito tanto à receita pública quanto à despesa pública. O arcabouço normativo e jurídico nacional contempla e disciplina a participação de todos os Poderes, do TCU e do controle social no mencionado processo. Como exemplos de normativos que disciplinam a mencionada participação pode-se citar a Constituição Federal, a Lei 4.320/1.964, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2.000), a Lei 8.666/1.993 de licitações e contratos, a Lei Federal nº 10.257/2.001 (Estatuto da Cidade) entre outros normativos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*

_____, *Lei Complementar nº 101/2.000*

_____, *Lei Federal nº 10.257/2.001*

_____, *Lei nº 4.320/64*

_____, *Lei 8.666/1.993*

DIREITO AO TRATAMENTO DE SAÚDE COM MEDICAMENTO NÃO FORNECIDO PELO SUS: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*THE RIGHT TO RECEIVE A MEDICAL TREATMENT NOT PROVIDED BY
SUS: AN ANALYSIS UNDER THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF
THE POSSIBLE RESERVE AND OF THE DEMOCRATIC LAW STATE*

Carlos Marden Cabral Coutinho

*Procurador Federal. Especialista em Processo Civil e Mestre em Ordem Jurídica
Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Doutorando em Direito
Processual na PUC Minas. Professor do curso de pós-graduação lato sensu em Direito
do Centro de Ensino da Área Jurídica Federal – CEAJUFÉ.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Análise de caso: liminar determinando a concessão de medicamento não constante da lista do Sistema Único de Saúde – SUS; 2 Configuração constitucional do Direito Fundamental à Saúde; 3 Obstáculos fáticos à efetividade do Direito à Saúde; 4 Elementos de uma Hermenêutica social concretizadora; 5 Conclusão: Condições para fornecimento de medicamento não incluso na lista do Sus; Referências

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a pertinência das decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamento não constante da lista do Sistema Único de Saúde – SUS. Para tanto, partir-se-á de um caso concreto, no qual o Poder Judiciário de Minas Gerais determinou o fornecimento de medicamento para o tratamento de câncer, como alternativa àquele recomendado e disponibilizado pelo Ministério da Saúde. Partindo de tal caso, será feita uma análise da configuração constitucional do direito à saúde, levando-se em conta o princípio da reserva do possível, tanto em sua perspectiva negativa quanto positiva. Em seguida, será apresentada a idéia de núcleo essencial dos direitos fundamentais, como âmbito inevitável de proteção, na medida em que reflexo da dignidade da pessoa humana. Por fim, far-se-á uma análise crítica das decisões judiciais de fornecimento de medicamento não constantes da lista do Sistema Único de Saúde – SUS, com o intuito de traçar os limites dentro dos quais a sua prolação é juridicamente adequada à Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Fornecimento de Medicamento. Estado Democrático de Direito. Princípio da Reserva do Possível. Dignidade da Pessoa Humana. Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This article aims to analyze the relevance of judicial decisions that determine the supply of medicine that's not listed in the Unified Health System as know as SUS. To do so, will be analyzed a case in which the Judiciary of Minas Gerais determined the supply of medicine for the treatment of cancer, and recommended as an alternative to that provided by the Ministry of Health on this case will be made a configuration analysis of the constitutional right to health, taking into account the principle of reserve of possible in both its negative and positive perspective. Then you will see the idea of ??the essential core of fundamental rights, as inevitable under protection, in that reflection of human dignity. Finally, we will gone made a critical analysis of judicial decisions for the supply of medicine is not listed in the Unified Health System, in order to draw the limits within which its delivery is legally adequate to the Federal Constitution.

KEYWORDS: Supply Of Medication. Democratic Law State. Principle Of The Possible Reserve. Human Dignity. Essencial Core Of Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

A segunda metade do século XX foi marcada pela ascensão e amadurecimento do neoconstitucionalismo, com o surgimento da idéia de Estado Democrático de Direito, no qual a força normativa da Constituição Federal passava a ser entendida juntamente com o papel central que os direitos fundamentais devem ter no ordenamento jurídico.¹ Tal modelo de Estado passa pela releitura da idéia de democracia à luz de Jürgen Habermas e também pela superação dos modelos anteriores de Estado, o que significa que não se deve mais dar precedência ao modelo liberal nem ao social, sendo necessária a harmonização dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões².

Apesar dessa proposta de respeito homogêneo a todos os direitos fundamentais independentemente de sua dimensão, a experiência tem demonstrado que existe uma dificuldade bem maior de conquistar a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Tal desafio já ficara patente no começo do século XX (quando México e Alemanha, apesar de referências para o Estado Social, não tiveram êxito na implementação de suas constituições), deixando claro que os direitos fundamentais de segunda dimensão não seriam efetivados pela mera explicitação em diplomas normativos, fossem eles legais ou mesmo constitucionais.

Quase um século depois do surgimento da Constituição Mexicana (1917), ainda é possível perceber como os direitos fundamentais sociais apresentam um déficit de efetividade quando comparados com os seus correspondentes de outras dimensões (como os direitos civis ou políticos), o que tem levado a um constante questionamento sobre a eficiência do Estado em cumprir o mandamento constitucional. Tal é a insatisfação, que muitas vezes ela se reflete em ações judiciais e, por via de consequência, em decisões através das quais o Poder Judiciário determina que o Poder Executivo efetive algum direito social.

Um dos direitos fundamentais sociais que mais tem despertado ações judiciais é o referente ao direito à saúde, cuja importância se faz

1 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

2 No presente trabalho se faz a opção por usar o termo “dimensão” e não “geração” para se referir a cada grupo de direitos sociais. Tal opção se deve ao fato de que a expressão mais consagrada pode levar a uma confusão consistente em se pensar que os direitos de geração mais recente superam os direitos das gerações anteriores, como foi pensado, por exemplo, nos estados comunistas, cuja prevalência dos direitos sociais implicava restrição das liberdades civis e políticas. O termo dimensão, entretanto, parece mais preciso, na medida em que cada novo grupo de direitos fundamentais que surge acaba por redimensionar o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este um ponto de convergência no qual se impõe a convivência harmônica de todos os direitos fundamentais, num entendimento compatível como Estado Democrático de Direito.

evidente, na medida em que muitas vezes envolve a própria sobrevivência do interessado. Dentre as várias perspectivas que pode assumir este direito fundamental, uma das mais discutidas é aquela referente à possibilidade de compelir o Estado a custear algum tratamento de saúde. Tal possibilidade tem sido objeto de muitas decisões judiciais, cujo objetivo é determinar que algum dos entes federados forneça algum medicamento e/ou tratamento não constante da programação normal do Sistema Único de Saúde – SUS.

No presente trabalho se faz um questionamento quanto à pertinência de tais decisões, com o intuito de investigar até que ponto a Constituição Federal garante a concretização dos direitos fundamentais sociais, cujas dificuldades de efetivação são conhecidas de longa data. Para tal investigação, tomar-se-á como exemplo um caso concreto no qual foi determinado o fornecimento de um medicamento não constante da lista do Sistema Único de Saúde – SUS. Por este motivo, será inicialmente explicado o contexto da ação judicial, com a finalidade analisar a pertinência da determinação da efetivação de tal aspecto do direito fundamental em questão.

Para tanto, será inicialmente apresentado o perfil constitucional do direito fundamental à saúde, analisando qual a configuração dada pela Constituição Federal. A partir de tal definição, serão expostos os principais obstáculos para a efetivação de tal direito, como a limitação financeira e orçamentária, a impossibilidade fática de efetivação plena de um direito social qualquer e, naturalmente, a inevitável comparação que se faz entre a qualidade de vida daqueles que têm condições financeiras de se valer de serviços privados e daqueles que, estando privados de capacidade econômica, precisam se conformar com o direito social disponibilizado pelo Poder Público.

Uma vez apresentadas tais dificuldades de concretização, serão apresentadas algumas propostas interpretativas, com o intuito de estabelecer parâmetros para uma hermenêutica adequada aos direitos fundamentais sociais. Tais reflexões envolvem não apenas uma releitura do princípio da reserva do possível (pela sua perspectiva positiva), mas também a compreensão do conceito de núcleo essencial dos direitos fundamentais (enquanto correspondentes da dignidade da pessoa humana) e a fundamentação da idéia da proibição de retrocesso social (como decorrente das próprias dificuldades de implementação dos direitos fundamentais sociais).

Por fim, procurar-se-á concluir que as decisões judiciais que determinam fornecimento de medicamento e/ou tratamento não constante da lista do Sistema Único de Saúde – SUS não são inconstitucionais, mas

devem ser proferidas dentro de parâmetros bem estabelecidos, fundados numa hermenêutica constitucional que se coloque como concretizadora dos direitos fundamentais sociais, sem olvidar as dificuldades inerentes à sua efetivação.

1 ANÁLISE DE CASO: LIMINAR DETERMINANDO A CONCESSÃO DE MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE DA LISTA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS

O caso concreto que será tomado como análise é referente a um portador de câncer cerebral cujo tratamento da doença se deu prioritariamente junto à iniciativa privada, vez que era integrante do plano de saúde UNIMED³. Através de tal plano de saúde, o indivíduo chegou inclusive a se internar no Hospital Biocor para fazer uma cirurgia de extração do tumor, sendo que tal tratamento não foi suficiente para propiciar a cura da doença. Sendo assim, para continuidade de seu tratamento, seu médico particular lhe indicou o uso do medicamento Sunitinibe (Sutent) 50 mg.

Diante da nova orientação médica, o paciente se dirigiu a um dos hospitais integrantes no Sistema Único de Saúde – SUS, no qual foi informado que o referido medicamento não estava disponível para fornecimento, vez que, para o tratamento de câncer, o medicamento constante da lista do Sistema Único de Saúde – SUS é o Interferon Alfa. Uma vez apresentada tal justificativa, o paciente procurou se informar quanto custava o Sunitinibe (Sutent) 50 mg no mercado, tendo constatado que o preço girava em torno dos R\$ 17.000,00 (dezessete mil reais).

Vendo-se incapacitado de suportar o elevado custo do tratamento recomendado pelo seu médico, o interessado procurou o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que propôs uma ação civil pública na comarca de Ouro Branco. Em tal processo, a magistrada acolheu os argumentos da inicial, entendeu que o doente fazia jus a um tratamento alternativo àquele disponibilizado no Sistema Único de Saúde – SUS e deferiu liminar, na qual determinava que o Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais fornecesse o medicamento em questão no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de uma multa diária de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para o caso de descumprimento da decisão.

Sem prejuízo das várias preliminares que se apresentam (ilegitimidade ativa, ilegitimidade passiva e incompetência da Justiça Estadual), a este trabalho interesse a questão de mérito, ou seja, interessa saber se é pertinente uma decisão judicial que determina o fornecimento

3 Ação Civil Pública nº 4326-15.2010.4.01.3800 da comarca de Ouro Branco em Minas Gerais.

de um medicamento e/ou tratamento de custo elevado, ainda que exista outro (de eficácia comprovada) disponível no Sistema Único de Saúde – SUS. Interessa saber, portanto, se o direito fundamental à saúde (de inegável base constitucional) é amplo o suficiente para garantir que o interessado exija judicialmente o melhor tratamento disponível.

Neste ponto, cumpre destacar que decisão judicial do caso concreto aqui exposto põe em discussão não apenas a obrigação do Poder Público de fornecer um medicamento e/ou tratamento que não esteja constando de sua lista oficial, mas também levanta a discussão quanto à própria essência do direito fundamental à saúde, notadamente quando se trata de um tratamento referente a uma doença que pode comprometer a própria sobrevivência do interessado. Para que se possa analisar devidamente a questão, entretanto, indispensável que se faça uma exposição prévia apresentando a configuração constitucional de tal direito fundamental.

2 CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Apesar de fazer referência geral aos direitos fundamentais sociais em seu artigo 6º, a Constituição Federal dedica os artigos 196 a 200 para disciplinar especificamente o direito à saúde. Já no primeiro destes dispositivos específicos, a Carta Política indica as linhas gerais da concepção do referido direito, ao dizer que

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Segundo o referido artigo, portanto, a garantia do direito à saúde se dá através de políticas que tenham por objetivo reduzir o risco de doenças (e outros agravos), sendo que deve ser assegurado o acesso universal e igualitário aos serviços e às ações destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde. Sendo assim, a primeira constatação é a de que a Constituição Federal não estabelece exatamente os limites nos quais o Poder Público está obrigado a garantir o direito à saúde, limitando-se a fixar uma exaltação para que haja promoção, proteção e recuperação da saúde, com prioridade para as medidas preventivas, nos termos do artigo 198, II.

Ademais, também consta expressamente da Constituição Federal a determinação de que o Estado é obrigado a organizar um

sistema único, descentralizado e com foco no atendimento integral. Como é de conhecimento notório, tal obrigação está devidamente cumprida, com a instituição do Sistema Único de Saúde – SUS, que integra os órgãos públicos de saúde de todas as esferas federativas, além de algumas entidades da iniciativa privada. Interessante notar que, em seu artigo 200, a Carta Magna estabelece uma série de competências para tal sistema, sem que em nenhum dos incisos faça qualquer referência às atividades tipicamente voltadas para a saúde dos cidadãos em geral.

Ainda no que tange ao direito fundamental à saúde, é de se destacar o fato de que, em seu artigo 199, a Constituição Federal é absolutamente clara ao afirmar que “*a assistência à saúde é livre à iniciativa privada*”. Tal autorização é complementada pela afirmação de que tal atividade terá natureza necessariamente complementar e que deverá ser desempenhada preferencialmente por entidades sem fins lucrativos. Diante de tais disposições, então, é possível afirmar que a própria configuração constitucional do direito à saúde admite a hipótese insuficiência do Sistema Único de Saúde – SUS, prevendo que este será complementado pela atividade da iniciativa privada.

Da análise dos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, portanto, impõe-se a conclusão de o direito fundamental à saúde tem uma configuração constitucional bastante resumida, de maneira que poucas obrigações podem efetivamente ser extraídas do texto constitucional, sendo elas:

- a) a organização de um sistema único de saúde;
- b) o caráter universal e igualitário de tal sistema;
- c) a existência de políticas públicas voltadas para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde;
- d) a atribuição de prioridade às medidas de caráter preventivo; e
- e) a permissão para que a iniciativa privada atue de maneira complementar.

Ora, não é preciso uma maior investigação para saber que esta disciplina está absolutamente aquém da necessidade dos cidadãos, que cotidianamente convivem com os mais variados tipos de ameaça à sua saúde. A simples observação do dispositivo constitucional levaria à

conclusão que a obrigação do Poder Público se dá por cumprida a partir do momento em que este organiza o Sistema Único de Saúde – SUS, dando alguma atenção às medidas preventivas, deixando os cidadãos carentes em situação de miséria, enquanto permite que os mais abastados satisfaçam as suas necessidades através do recurso à iniciativa privada.

Na verdade, descrita desta maneira, a configuração constitucional se apresenta como bastante semelhante à visão que boa parte dos brasileiros tem do funcionamento da saúde pública, como sendo uma espécie de paliativo para aqueles que não podem arcar com os elevados custos da saúde privada. Tal interpretação, entretanto, não se coaduna com a visão contemporânea do Estado Democrático de Direito, como sendo aquele no qual os direitos fundamentais devem ser colocados em primeiro lugar. A questão, portanto, não é saber por que a configuração constitucional se parece tanto com a realidade constatada, mas sim entender porque o Poder Público não consegue fornecer um serviço que seja sensivelmente superior ao mínimo delineado.

Mais do que isto, é fundamental estabelecer até que ponto o cidadão tem direito a exigir a proteção e efetivação de seu direito fundamental à saúde em um nível que seja superior àquele mínimo constitucionalmente previsto. Trata-se, portanto, de estabelecer a base de uma hermenêutica que seja não apenas literal, mas também concretizadora e afinada com o neoconstitucionalismo. Somente após a investigação de cada um destes pontos é que se fará possível uma avaliação crítica das decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamento diverso daquele constante da lista do Sistema Único de Saúde- SUS.

3 OBSTÁCULOS FÁTICOS À EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Uma vez apresentada a configuração constitucional do direito fundamental à saúde, é possível se perceber o óbvio: não se trata de um direito absoluto, devendo ser exercido dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal. Mesmo esta visão menos utópica, entretanto, ainda é incompatível com a realidade que pode ser vista em nosso cotidiano, no qual a deficiência do Sistema Único de Saúde – SUS ainda é manchete freqüente nos jornais, com notícias que vão desde a deficiência estrutural até a falta de leitos e médicos. Cabe, portanto, investigar os motivos que dificultam a efetivação dos direitos fundamentais sociais, com foco específico no direito à saúde.

Em primeiro lugar, deve ser apontado o obstáculo do custo dos direitos fundamentais sociais. De fato, aqui existe uma especificidade. Quando a Constituição Federal estabelece direitos civis e políticos (como

o direito de ir e vir ou o do voto universal), o que está se criando são obrigações negativas para o Estado, no sentido de que a efetivação de tais direitos fundamentais (chamados de primeira dimensão) se cumprem na medida em que o Poder Público se abstenha de adotar certas condutas (como estabelecer barreiras territoriais ou restrições ao cadastro dos eleitores). No que diz respeito aos direitos fundamentais sociais (de segunda dimensão), entretanto, a situação é bem diversa.⁴

De fato, ao contrário do que acontece com os direitos civis e políticos, os direitos de segunda dimensão têm um custo intrínseco à sua efetivação⁵. Não há como se imaginar que o Estado possa garantir direitos tais como moradia, saúde, educação, segurança etc., salvo se o fizer através de um significativo investimento financeiro. Ora, o orçamento do Poder Público como um todo (em todas as suas esferas federativas) certamente é significativo, mas, ainda assim, limitado. É preciso perceber, portanto, que a implementação dos direitos fundamentais sociais está vinculada à capacidade financeira do Estado e é desta constatação que surge o chamado princípio da reserva do possível.

Em seu enunciado clássico, tal princípio significa que, apesar de a Constituição enunciar a existência de direitos sociais, eles são promessas que somente se fazem exigíveis na medida em que o Estado tenha condições financeiras de concretizá-los. Em outras palavras, os direitos fundamentais de segunda dimensão têm a sua efetividade reservada àquilo que é possível. Neste sentido, a lição de George Marmelstein ao explicar que:

O ideal seria que houvesse disponibilidade financeira para cumprir todos os objetivos da Constituição. Mas não há. É aí que entra a cláusula da reserva do possível [...]. Os direitos a prestações podem ser exigidos judicialmente, cabendo ao Judiciário, observando o princípio da proporcionalidade, impor ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, desde que a ordem judicial fique dentro do financeiramente possível.⁶

4 QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

5 Neste sentido a posição de Jayme Benvenuto Lima Jr. ao dizer que: “Embora os únicos de que dependem a realização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, os recursos financeiros são efetivamente os mais importantes, assim como os mais escassos. Apesar de que não se possa dizer que os direitos humanos civis e políticos independam da existência de recursos financeiros, é inegável que os direitos humanos econômicos, sociais e culturais não são realizáveis sem a existência deste tipo de recurso” (Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais, p. 107).

6 MARMESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 318-319.

A primeira constatação que se faz, portanto, é a de que os direitos sociais têm a sua efetividade diretamente vinculada à existência (e disponibilidade) de recursos financeiros suficientes para a sua implantação, como fica bastante claro no caso concreto que foi tomado por modelo. Tal constatação, entretanto, deixa no ar uma dúvida: será que o Estado não tem os recursos financeiros para suprir as necessidades dos cidadãos? Não seria o princípio da reserva do possível uma mera desculpa para que as verbas existentes fossem investidas em outras áreas que os governantes consideram prioritárias? Para ambas as perguntas, a resposta negativa se impõe.

Na verdade, o princípio da reserva do possível é uma realidade incontornável, na medida em que os direitos sociais nunca podem ser efetivados em sua plenitude⁷. De fato, os direitos fundamentais de segunda dimensão nunca podem ser plenamente atendidos, pelo simples fato de que não existe um grau máximo de efetividade. O direito à educação, *verbi gratia*, pode significar direito à alfabetização; à educação básica; à conclusão do ensino médio; ao acesso ao ensino universitário e assim por diante, sem que seja possível imaginar um limite máximo. O mesmo raciocínio pode ser utilizado para o direito ao lazer, à segurança, à moradia e, naturalmente, para o direito à saúde.

Sendo assim, qualquer discurso que se comprometa com o pleno atendimento dos direitos sociais não passa de demagogia, na medida em que tal possibilidade não é compatível com a própria natureza de tais direitos. Efetivamente, se os direitos fundamentais de segunda dimensão sempre podem ter um grau maior de cumprimento, então, como será exposto no próximo tópico, a questão na verdade gira em torno de saber até que ponto de implementação é possível chegar no caso concreto e, eventualmente, como exigir isto judicialmente do Poder Público.

Quanto à questão específica que diz respeito ao grau de exigibilidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão, é importante destacar que a referência não pode ser o grau de seus congêneres proporcionados, a título oneroso, pela iniciativa privada. Na medida em que a Constituição Federal, em seu artigo 170, faz uma opção expressa pelo sistema capitalista, está implícito o reconhecimento de que as diferentes situações econômicas virão a proporcionar diferentes níveis de igualdade para os cidadãos. Em outras palavras, não importa qual seja o grau de efetividade de um determinado direito social, tendo em vista que a sua efetivação nunca será máxima, sempre será possível conseguir algo a mais junto à iniciativa privada.

7 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 205.

Como já exposto, a lógica da interpretação dos direitos sociais, portanto, deve ser a de investigar qual grau de exigibilidade pode ser imposto ao Poder Público. Olvidar questões como o princípio da reserva do possível, a impossibilidade fática de implementação plena dos direitos sociais e as circunstâncias específicas de um sistema capitalista, pode ser material para um discurso elegante, mas não ajuda na busca de soluções práticas. Qualquer teoria que se oponha a ausência de limite à exigibilidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão abre espaço para a formalização de pedidos absurdos, como os de passar férias no exterior (direito ao lazer), ter uma casa com piscina (direito à moradia) ou se fazer acompanhar de uma escolta pessoal (direito à segurança).

Ora, embora efetivamente um seletivo grupo de brasileiros realmente tenha à sua disposição todos estes benefícios, o seu custo é excessivamente elevado para que o Estado possa proporcionar algo semelhante a todos os brasileiros. Mesmo em abstrato, é ofensivo ao bom senso imaginar que alguém possa conseguir judicialmente tal grau de efetivação de um direito social à custa do Erário. A questão, então, não é apenas de repudiar a ineficiência e a insuficiência da fruição dos direitos fundamentais de segunda dimensão proporcionados pelo Poder Público, mas também de traçar limites teóricos que não comportem exigências absurdas.

Neste sentido é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, que se refere à Corte Constitucional Federal da Alemanha, para dizer que tal instituição:

Firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.⁸

Cabe, portanto, uma reflexão com o intuito de saber o que pode razoavelmente ser exigido judicialmente do Estado. A questão passa em primeiro lugar por uma releitura do princípio da reserva do possível, de maneira a permitir a compreensão de outros dois princípios essenciais à discussão, quais sejam, o princípio do núcleo essencial dos direitos fundamentais e o princípio da proibição de retrocesso. A seguir, cada um destes pontos será enfrentado, de maneira a possibilitar a construção de um paradigma interpretativo não apenas concretista, mas também adequado à realidade fática e jurídica pátria.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 289.

4 ELEMENTOS DE UMA HERMENÊUTICA SOCIAL CONCRETIZADORA

No tópico anterior, apontou-se uma série de circunstâncias que se apresentam como obstáculos à efetivação ideal dos direitos fundamentais de segunda dimensão, bem como os perigos de se adotar uma visão oposta extrema, que sustenta a inexistência de limites para a sua exigibilidade. É o momento, portanto, de fazer algumas ponderações que tornem possível uma análise mais equilibrada da disciplina dos direitos sociais, a começar por uma indispensável releitura do princípio da reserva do possível.

Como visto no tópico anterior, o princípio da reserva do possível possibilita que determinado grau de efetivação de um direito social seja considerado inexigível, na medida em que o Estado não tenha recursos para garantir a sua concretização. Esta perspectiva corresponde ao que vamos chamar de viés negativo do princípio da reserva do possível, na medida em que permite que o Poder Público se furte do cumprimento de determinado dispositivo constitucional alegando a insuficiência de recursos financeiros. Este viés negativo tem tido destaque quase exclusivo na doutrina nacional, o que se deve a uma falha na compreensão de sua origem e de seu significado.

De fato, conforme explica Andreas J. Krell⁹, o referido princípio tem origem na Alemanha da metade do século XX, na qual se vivia uma situação completamente diferente da brasileira. Destaca, então, que é um erro de direito comparado importar institutos e conceitos de outros ordenamentos, ignorando as peculiaridades fáticas que levaram ao seu surgimento e amadurecimento. Segundo referido autor, em um país periférico como o Brasil, o princípio da reserva do possível não pode ser aplicado sem maiores considerações, sob pena de abandonar-se o compromisso que o Estado deve ter com a satisfação das necessidades mais básicas dos indivíduos.

O entendimento disseminado na doutrina, então, é o de que o princípio da reserva do possível não deve ser tido como excessivamente amplo, no sentido de que não deve ser usado como desculpa sempre que o Poder Público pretender se escusar do cumprimento de alguma norma constitucional. A nosso ver, a questão pode ser resolvida com a percepção de que o referido princípio tem também um viés positivo, que decorre da própria natureza dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Como já exposto, é da própria natureza dos direitos sociais a impossibilidade de efetivá-los em grau máximo, da mesma forma que é uma realidade indiscutível a finitude dos recursos financeiros à

9 KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, pp. 51-57.

disposição do Estado. Daí decorre o princípio da reserva do possível em seu viés negativo, reconhecendo que o Poder Público tem verbas limitadas e que, independentemente disto, está lidando com direitos condenados eternamente ao cumprimento parcial.

Acontece que das mesmas premissas decorre também o princípio da reserva do possível em um viés positivo, qual seja aquele segundo o qual o Estado está obrigado a efetivar os direitos fundamentais de segunda dimensão até o limite de suas possibilidades. A lógica é elementar: se os direitos sociais não possuem grau máximo de efetividade, então isto significa que o Estado nunca cumpre definitivamente a sua obrigação constitucional em relação a eles. Por outro lado, se os recursos do Estado são reconhecidamente limitados, isto significa que o investimento do Poder Público, embora limitado, deve ser constante e no grau máximo possível, de maneira a estar sempre proporcionando uma situação social melhor para cada um de seus cidadãos.

Uma vez incorporado o seu viés positivo, então, o princípio da reserva do possível deixa de ser um resquício teratológico de uma concepção puramente liberal e passa a ser visto como a forma ideal de reconhecer os limites à efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, sem que isso represente a sua condenação ao *status* de meras normas programáticas¹⁰. Diante desta nova e ampla perspectiva pode-se conceituar o princípio da reserva do possível como sendo aquele que estabelece que os direitos sociais são uma obrigação do Estado, de aplicabilidade imediata, podendo o cidadão exigir que as políticas públicas, dentro das condições financeiras do Poder Público, proporcionem um permanente incremento de sua efetividade, excluído desta qualquer grau de efetividade que extrapole o limite do razoável.

Tal releitura já representa um avanço em relação à visão clássica do princípio da reserva do possível, mas, para que possa ter uma aplicação prática mais funcional, ainda exige duas considerações. Em primeiro lugar, deve-se destacar que, a exemplo do que acontece com os demais direitos fundamentais, os direitos sociais também têm um núcleo essencial, que não pode ser violado, sob pena de descaracterizar-se o próprio direito. Em segundo lugar, deve ser apresentado o conceito de proibição de retrocesso das conquistas referentes aos direitos fundamentais de segunda dimensão. Ambos os conceitos tornam possível estabelecer limites dentro dos quais a reserva do possível seja compatível com um Estado Democrático de Direito com foco na concretude dos direitos fundamentais.

10 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007.

A primeira ponderação a ser apresentada diz respeito à existência de um mínimo que não pode ser negado ao cidadão, seja qual for a condição financeira do Estado¹¹. Segundo o referido entendimento, todos os direitos fundamentais têm um núcleo essencial inviolável, que faz com que o próprio direito possa ser reconhecido como existente, de maneira que, sem a presença dessa efetivação mínima, é impossível dizer que está sendo assegurado o direito previsto constitucionalmente.¹² Assim, *verbi gratia*, é possível discutir a extensão da liberdade política e suas infinitas repercussões, mas não é possível dizer que tal direito esteja assegurado em um Estado onde não haja eleições periódicas ou em um no qual o direito de voto seja negado a uma significativa parcela da população.

Especificamente no que diz respeito aos direitos sociais, o seu núcleo essencial também tem sido chamado de mínimo social, para indicar que existe um grau mínimo de concretização que, em qualquer caso, pode ser exigido do Poder Público. Trata-se de reconhecer que, apesar do custo dos direitos sociais e das limitações financeiras do Estado, não é possível admitir que determinado direito fundamental de segunda dimensão seja simplesmente ignorado, não sendo concretizado em qualquer grau que seja. O raciocínio é, portanto, compatível com o viés positivo do princípio da reserva do possível, vez que, sendo reconhecida a obrigação do Estado de efetivar os direitos sociais até o limite factível, deve haver destinação dos recursos para atender as necessidades básicas dos cidadãos.

Neste sentido a lição de J. J. Gomes Canotilho, ao dizer que:

Um direito social sob “reserva de cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar essa desoladora conclusão, adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional dos direitos sociais. Assim, por exemplo, o “rendimento mínimo garantido” não será a concretização

11 Alguns autores usam a expressão “*mínimo existencial*” para se referir a um mínimo de concretude, que não pode ser negado, sob pena de comprometimento da sobrevivência do indivíduo. Tal nomenclatura, entretanto, tem uma utilização muito específica e de aplicação restrita aos casos em que existe risco de morte. No presente trabalho, fez-se a opção pela designação mais ampla “*núcleo essencial*”, para indicar que todos os direitos fundamentais (não apenas os sociais) têm um mínimo de concretude que deve ser preservado, sob pena de descaracterização do próprio direito, bem como comprometimento da dignidade do indivíduo.

12 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

de qualquer direito social em concreto (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à habitação), mas apenas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade.¹³

O trecho acima transcrito não apenas explica a relação entre núcleo essencial e mínimo social, mas traz uma contribuição fundamental ao relacionar este núcleo essencial com a dignidade da pessoa humana. De fato, como já explicado antes, cada nova geração dos direitos fundamentais significa na verdade a valorização de uma nova dimensão da dignidade da pessoa humana, na medida em que a dignidade de cada pessoa deve ser medida exatamente pela realização de seus direitos fundamentais. Por tal motivo, é possível afirmar que cada um dos direitos previstos na Constituição representa uma perspectiva de realização da dignidade do cidadão.

Esta é a lição apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet, ao dizer que os direitos fundamentais são explicitações da dignidade da pessoa humana, de maneira que, em cada direito fundamental, se faz presente, ainda que em projeção, a dignidade da pessoa humana.¹⁴ Uma vez estabelecida esta relação, pode-se afirmar que o núcleo essencial dos direitos fundamentais corresponde àquilo em que eles apresentam coincidência com a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, é a através do prisma da dignidade da pessoa humana que se faz possível reconhecer o núcleo essencial de um direito fundamental.

Assim, retornando ao já referido direito à moradia, pode haver margem de discussão no que tange à qual espécie de moradia deve ser assegurada pelo Poder Público ou mesmo se existe uma obrigação do Estado de fornecer a melhor condição possível, entretanto não parece ser razoável entender que o direito à moradia esteja efetivado em qualquer grau, caso se trate de um morador de rua. No exemplo extremo em tela, a efetivação do direito fundamental se encontra em tal grau relegada, que compromete a própria dignidade do indivíduo em questão. O mesmo raciocínio pode se aplicar ao direito à educação (em caso de analfabetismo) e mesmo do direito à saúde (em caso de ausência de atendimento básico no Sistema Único de Saúde – SUS).

A primeira consideração importante, portanto, é a de que, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a determinado direito fundamental, se o seu grau de concretização

13 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 481.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 86-101.

for tão insuficiente que seja possível configurar ofensa ao seu núcleo fundamental, ou seja, à perspectiva que a dignidade da pessoa humana projeta nele. Tal consideração, porém, ainda não é suficiente para permitir uma correta interpretação dos direitos sociais, cuja adequada hermenêutica fica condicionada à compreensão da idéia de proibição de retrocesso.

Na verdade, trata-se de uma questão bastante simples e decorrente de outras aqui já explicitadas: se os direitos fundamentais sociais não têm um grau máximo de efetividade e a sua concretização tem um custo significativo para o Estado, daí decorre que, na medida do possível, o Estado deve estar continuamente empenhado em promover a melhora das condições sociais proporcionadas à sociedade. Trata-se, então, de uma vinculação de melhora progressiva da oferta dos direitos sociais, o que significa que o Poder Público não pode retroceder nos avanços sociais já conquistados, uma vez de negar à população um direito social que comprovadamente era possível efetivar.

Neste sentido a lição de Patrícia do Couto Villela Abbud Martins, ao dizer que:

O princípio da proibição de retrocesso social proclama que uma vez conformado pelo legislador infraconstitucional o direito fundamental social, o que faz com que se integre por completo o seu conteúdo, incabível é a reversão desta medida, sem criação de outros expedientes compensatórios. Em outras palavras, cumprida a deliberação constitucional no sentido da concretização dos direitos fundamentais sociais, o legislador infraconstitucional torna-se vinculado, não lhe sendo lícito eliminar os direitos implementados, sem oferecer mecanismos de recomposição do respectivo direito social.¹⁵

Trata-se, portanto, de um princípio implícito ao próprio sistema dos direitos fundamentais sociais, no sentido de determinar que, uma vez concretizados em determinado grau, os direitos de segunda dimensão passam a fazer parte do patrimônio elementar da sociedade, não sendo admitido que o Poder Público deliberadamente elimine os avanços conquistados. Naturalmente, que não se trata de uma regra inflexível, na medida em que determinada conquista pode ser abolida ou mitigada, desde que devidamente compensada ou motivada por uma justificativa

15 MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (coordenador). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 401-402.

razoável.¹⁶ Nestes casos, entretanto, não se trata realmente de uma exceção ao princípio, pois, em termos gerais, não é possível dizer que houve efetivamente um retrocesso social.

Feitas estas considerações, fica claro que a interpretação dos direitos fundamentais sociais não pode ser realizada tendo por base apenas as dificuldades de sua concretização, como a dificuldade de estabelecer um grau adequado de efetivação ou mesmo o seu elevado custo. Uma compreensão técnica e constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito exige um esforço no sentido de repensar os conceitos envolvidos na questão, a começar por uma releitura do princípio da reserva do possível, que tenha por foco dar destaque ao seu viés positivo.

Ademais, imprescindível apontar que, independentemente das condições financeiras do Poder Público, não é possível admitir que os direitos sociais tenham um grau de concretização tão insignificante a ponto de serem descaracterizados, dando origem a situações que levem ao comprometimento da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, a necessidade de efetivação progressiva dos direitos sociais justifica a defesa de um princípio de proibição de retrocesso, que imponha ao Estado a contínua melhoria das condições sociais, protegendo a sociedade de medidas recessivas que não sejam devidamente justificadas e acompanhadas pelas respectivas medidas compensatórias.

5 CONCLUSÃO: CONDIÇÕES PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO INCLUSO NA LISTA DO SUS

Uma vez exposta a configuração constitucional do direito fundamental à saúde, elencados os principais obstáculos à sua efetivação e apresentados os elementos necessários de uma hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos fundamentais, é possível estabelecer as linhas gerais que devem orientar a interpretação dos direitos sociais. Tal delineamento será a moldura dentro da qual se fará a análise de mérito do caso concreto, analisando a pertinência da decisão que reconheceu ao interessado o direito de receber tratamento com medicamento diferente daquele disponível no Sistema Único de Saúde – SUS.

A sistematização dos pontos apresentados, leva ao entendimento de que os direitos fundamentais de segunda dimensão têm efetividade imediata, não devendo ser entendidos como meras normas programáticas. No entanto, tendo em vista o seu custo e a impossibilidade fática de

16 QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra 2006, p. 115-118.

atingir um grau máximo de concretização, o interessado somente pode exigir do Estado aquilo que seja razoável e esteja dentro das condições financeiras do Poder Público. Uma vez que o direito seja possível de ser proporcionado a todos os interessados em situação semelhante, entretanto, o Estado tem a obrigação de efetivá-lo, tendo por base o viés positivo do princípio da reserva do possível. Ademais, a escassez de recursos não pode ser utilizada como escusa, caso o grau de concretização de um direito seja tão baixo que o indivíduo se veja reduzido a uma situação de indignidade. Por fim, uma vez concretizado determinado direito social, ele passa a ser parte do patrimônio jurídico dos cidadãos, não podendo ser deliberadamente abolido, sem as devidas justificativas e compensações.

No caso específico do direito à saúde, a aplicação de tal raciocínio leva à conclusão de que objetivamente, o que se pode exigir do Estado é a implementação de um Sistema Único de Saúde – SUS, bem como o compromisso de melhorar continuamente o serviço, dentro dos limites de sua condição financeira. Mais do que isso, o Sistema Único de Saúde – SUS deve ser objetivo de uma evolução progressiva e, em qualquer caso, ser capaz de oferecer soluções para os casos extremos, que possam comprometer a dignidade ou mesmo a própria sobrevivência dos indivíduos. É dentro deste contexto, por exemplo, que se pode afirmar que é possível uma decisão judicial determinando a abertura de novos leitos de tratamento intensivo neonatal, mas não seria pertinente uma que determinasse a ampliação da cobertura para incluir cirurgias plásticas meramente estéticas.

Voltando ao caso concreto em análise, o Estado, através do Sistema Único de Saúde – SUS deve ser responsável pelo fornecimento de medicamentos para os cidadãos, como forma de cumprir a determinação constitucional de prevenção e combate às doenças. Por outro lado, não deve ser compelido a fornecer um medicamento e/ou tratamento específico, salvo nos casos em que a dignidade ou a sobrevivência do interessado estejam em risco. Assim, é possível vislumbrar o acerto de uma decisão judicial que determine o fornecimento de um medicamento e/ou tratamento não oferecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS, como acontecia há alguns anos em relação ao chamado coquetel anti-AIDS; vez que, neste caso, negar o fornecimento dos medicamentos equivalia a reduzir o interessado a uma condição indigna.

O mesmo raciocínio, entretanto, não pode ser estendido ao caso em análise, na medida em que o Sistema Único de Saúde – SUS fornece um medicamento adequado para tratar do câncer do paciente, qual seja o Interferol Alfa, de comprovada eficácia no tratamento da doença. Por tal

motivo, a situação existente não comprometia diretamente a sobrevivência do indivíduo (mais do que a própria doença em si) e muito menos a sua dignidade, na medida em que lhe era assegurado um tratamento adequado e eficaz. O seu pedido de ver fornecido o medicamento Sunitinibe (Sutent) 50 mg parece, neste contexto, ser exorbitante.

A título de conclusão, é possível afirmar que a decisão judicial foi impertinente, vez que interferiu indevidamente na discricionariedade administrativa de decidir qual o medicamento e/ou tratamento (dentre aqueles dignos e eficazes) iria ser fornecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS. A padronização de tratamento não apenas é razoável, mas tecnicamente positiva, na medida em que leva a uma maior eficiência e racionalidade do sistema. Não parece que o Poder Judiciário tenha competência de intervir em tal esfera de decisões, mas, principalmente, não parece que o cidadão tenha direito a exigir do Estado o fornecimento de um medicamento e/ou tratamento melhor ou mais específico, se aquele que é padrão supre devidamente as suas necessidades.

Não se discute aqui que o Poder Público tenha uma grande capacidade financeira. Tal volume de recursos, porém, apesar de significativo, é limitado. Qualquer proposta séria de concretização de direitos fundamentais de segunda dimensão tem que levar em conta a realidade fática, sob pena de nunca ser capaz de sair do mero campo das idéias. Decisões judiciais que proclamam o absolutismo dos direitos fundamentais são utópicas e só contribuem para dificultar a já complicada gestão do Sistema Único de Saúde – SUS. É preciso uma análise séria e ponderada dos limites do direito fundamental à saúde, para que tenhamos decisões judiciais que efetivamente contribuam para a concretização dos direitos fundamentais, sem que isso se faça à revelia da realidade e à custa de toda a sociedade. Este trabalho é uma contribuição neste sentido.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARMESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico*. In: GARCIA, Emerson (coordenador). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: Jus Podium, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007.

RESERVA DE JURISDIÇÃO: CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

*JUDICIAL RESERVE: THEORETICAL ANALYSIS AND BRAZILIAN
HIGHER COURTS PRECEDENTS*

Daniel Pinheiro de Carvalho¹

Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – CONJUR-MP/CGU/AGU. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito Público pela Faculdade Projeção.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Reserva de Jurisdição; 1.1 Conceituação; 1.2 Contexto histórico; 1.3 classificação; 1.4 Reserva de jurisdição na jurisprudência brasileira; 1.4.1 Ação Policial Controlada da Lei 9.034/95; 1.4.2 E-mail Corporativo; 1.4.3 Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público; 1.4.4 Comissão Parlamentar de Inquérito; 1.4.5 Quebra de sigilo bancário de dirigente de instituição financeira pelo Banco Central do Brasil; 2 Considerações Finais; Referências

¹ Agradecimento especial ao Dr. Henrique Fagundes Filho, Subprocurador-Geral da República e Professor efetivo de Direito Processual da Universidade de Brasília, pelo auxílio prestado durante a elaboração deste artigo.

RESUMO: Considerando a crescente opacidade dos limites de atuação de cada poder da República, o surgimento da noção de reserva, seja de lei, de administração ou de jurisdição, apresenta grande relevância, por procurar assegurar que determinadas questões sejam realmente decididas pelos órgãos constitucionalmente considerados mais aptos a solucioná-las. Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo discorrer sobre o tratamento doutrinário e jurisprudencial conferido à questão referente à(s) reserva(s) de jurisdição, realizando, para tanto, pesquisa exploratória, por meio de levantamento bibliográfico e documental submetido a uma abordagem qualitativa. Por ser um tema pouco explorado pela doutrina, a maioria dos debates travados nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal refere-se a casos sobre os quais há expressa previsão do constituinte no sentido da necessidade de ordem, decisão ou autorização judicial. Basicamente, são temas relacionados ao direito à intimidade e aos sigilos constitucionais de modo geral. Não há, todavia, grande desenvolvimento teórico quanto à possibilidade de reconhecimento de reservas tácitas de jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Reserva de Jurisdição. Classificação. Precedentes Judiciais. Intimidade. Sigilo.

ABSTRACT: Due to the increasing disregard concerning the strict observance of the principle of the separation of powers, the emerging notion of “reserves” of legislative, executive and judicial acts is highly relevant for assuring that certain issues will be decided only by the branche considered by the Constitution the most capable to solve them. In this context, this article aims to discuss the treatment given by jurists and precedents about “judicial reserve”. Most debates in brazilian higher courts refer to cases for which there is express provision in the Constitution in regard to the need of a judicial decision, order or authorization. In general, the precedents are related to privacy rights. Nevertheless there isn’t much theoretical development regarding the possibility of tacit or implicity “reserves”.

KEYWORDS: Judicial Reserve. Classification. Judicial Precedents. Privacy Rights.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da sociedade e dos Estados contemporâneos ao longo dos últimos séculos acarretou a multiplicação das atividades desempenhadas por entidades e órgãos públicos. A complexidade de tais atribuições, por sua vez, implicou o enfraquecimento dos limites existentes entre os três poderes da República. Introdução

Em nosso país, ao lado do constante exercício da função legiferante pelo Poder Executivo, por meio de medidas provisórias e instruções normativas expedidas por agências reguladoras, observa-se (a) a criação de diversos órgãos parajurisdicionais no âmbito da administração pública – como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), os órgãos de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon) e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) –, bem como (b) a elaboração de diversas leis estendendo à administração questões antes decididas apenas pelo Poder Judiciário – como a que permite a utilização, pelo Fisco, dos dados cobertos pelo sigilo bancário, e o projeto de lei que cria o processo executivo fiscal administrativo.

Nesse contexto, surge a necessidade de assegurar que determinadas questões sejam realmente decididas pelos órgãos constitucionalmente considerados os mais aptos a solucioná-las. Como a mera elaboração normativa, em regra, não causa danos imediatos aos indivíduos, e ainda é tímida a ingerência dos demais poderes sobre o Executivo, o foco da doutrina recai principalmente sobre possíveis usurpações da função jurisdicional – atribuída ao Poder Judiciário –, especialmente quando está em jogo lesão ou ameaça de lesão a direitos e garantias fundamentais.

Fala-se, desse modo, das denominadas “reservas de jurisdição”, expressão que, embora cada vez mais mencionada em artigos científicos e decisões judiciais, ainda não foi estudada com profundidade pela doutrina brasileira. Afirma-se, de modo geral, que se refere às matérias sobre as quais ao Judiciário é garantida não apenas a “última palavra”, mas também, com exclusividade, a “primeira palavra”, seguindo-se o consagrado critério “das duas palavras”, cujo maior propagador foi Canotilho.

Aqui, pretendemos, em síntese, estudar as conceituações atribuídas pela doutrina à expressão “reserva de jurisdição”, expondo as principais classificações doutrinárias e analisar os principais casos em que nossos Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal, diante de direitos fundamentais como a intimidade, a vida privada e a liberdade, afirmaram ou negaram a existência de uma reserva de jurisdição. Trata-se, portanto, de questão de grande relevância acadêmica e social.

1 RESERVA DE JURISDIÇÃO

1.1 CONCEITUAÇÃO

Em diversos países europeus, a expressão “reserva de jurisdição” assume sentido semelhante ao dos nossos princípios da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça (diz-se que aos indivíduos é reservada – no sentido de assegurada – a jurisdição para a solução de seus conflitos).

Na doutrina brasileira, por outro lado, predomina o entendimento de que a expressão “reserva de jurisdição” refere-se às hipóteses em que ao Poder Judiciário é atribuída com exclusividade a “primeira palavra” sobre determinado assunto, ou seja, às questões que apenas podem ser decididas por órgãos judiciários no exercício da atividade jurisdicional. Segue-se, assim, a lição de J. J. Gomes Canotilho², também adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Como seguidores desse posicionamento, podemos citar Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho³, Américo Bedê Freire Júnior⁴ e Fernando Facury Scaff⁵.

Antônio Umberto de Souza Júnior, por sua vez, critica o denominado “critério das duas palavras”, utilizado por Canotilho. De acordo com o autor,

parece bem claro que a administração da justiça foi entregue ao monopólio dos tribunais constitucionalmente previstos. A isso se chega pela taxatividade do texto, ou seja, pela afirmação restritiva de serem os tribunais os órgãos de soberania incumbidos da administração da justiça. Administração da justiça aqui significa, fundamentalmente, desempenhar as tarefas atinentes à composição de conflitos e interesses mediante a intervenção exclusiva de órgãos soberanos, imparciais e independentes. Assim, o critério das duas palavras parte de premissa ilusória: a de que seja possível uma primeira palavra, em matéria jurisdicional, fora dos tribunais previstos na norma constitucional. Quando se quer invalidar um acordo privado, um contrato administrativo ou contestar a certeza e liquidez de um título executivo, não há qualquer situação de prévia

2 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

3 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. As Ambulâncias e o Poder Judiciário – Reserva de Jurisdição e Direito de Liberdade. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 8, n. 29, 2005.

4 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Restrição a Direitos Fundamentais: a Questão da Interceptação de E-mail e a Reserva de Jurisdição. *Revista de Informação Legislativa*, a. 43 n. 171 jul./set., 2006, p. 55-62.

5 SCAFF, Fernando Facury. Sigilo Fiscal e Reserva de Jurisdição. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 71, agosto de 2001.

heterocomposição de conflitos: o acordo privado representa uma autocomposição, o contrato administrativo um negócio jurídico e o título executivo um documento ao qual a lei atribuiu presunção de exigibilidade por razões de segurança e agilidade no comércio jurídico (2006. p. 111).

Já para o teórico lusitano Paulo Castro Rangel⁶, a expressão “reserva de jurisdição” pode ser entendida tanto como a atribuição ao Poder Judiciário da atividade de dizer o Direito (reserva geral de jurisdição), como a imposição do tratamento de certas matérias por meio de decisão judicial. É essa a lição que adotaremos para o desenvolvimento do artigo.

1.2 CONTEXTO HISTÓRICO

A reserva geral de jurisdição, tal qual a conhecemos hoje, é fruto das teorias acerca da separação dos poderes, em especial da elaborada por Montesquieu, que criou contornos assaz precisos para os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

Apesar de já cogitada por Aristóteles em sua obra *A Política*, a Teoria da Separação dos Poderes ressurgiu no final da Idade Média com o objetivo de limitar o poder dos monarcas, sujeitando-os à vontade de um corpo de representantes do povo, ao qual foi conferida a competência para legislar sobre os direitos, as garantias e as liberdades dos indivíduos.

Nasceu, assim, a noção de “reserva de lei” para o disciplinamento de determinados temas de relevância social, vedando-se ao administrador interferir nos assuntos que se encontrassem protegidos pelos limites materiais de tal reserva. Intimamente relacionada a esse conceito, adveio a expressão “reserva de jurisdição”, com a atribuição da atividade de dizer o “Direito” (que, à época, era praticamente sinônimo de lei) a órgãos específicos, independentes e desvinculados do Poder Executivo (embora não figurassem como um poder autônomo na repartição de Locke).

Para Rangel,

o estabelecimento de uma reserva de jurisdição estava ainda ao serviço da reserva de lei, porquanto se acreditava que o juiz se circunscrevia a aplicar a lei ao facto, a (re)afirmar a lei no caso concreto. E era precisamente essa garantia de actuação exclusiva da lei que já não ofereceria o administrador, ainda mal acordado dos tempos de polícia e, por conseguinte, decerto sensível à consideração e prossecução de

6 RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição: Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*. Porto: Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1997.

interesses estranhos ao Parlamento e à sociedade que ele putativamente representava. O que quer dizer que, ao consignar-se uma reserva de jurisdição, estava-se ainda a ajustar as contas do legislador com o executivo, retirando à administração a possibilidade de intervir em certos domínios [...]. Domínios esses que, por sinal, correspondiam à matéria dos direitos fundamentais (e, designadamente, do direito à liberdade), matéria que o próprio legislador livremente conformava, ou não se tratasse da reserva de lei por excelência. Em resumo, o juiz era ainda e só a *longa manus* do Parlamento e o sentido da reserva de jurisdição exauria-se nesse carácter essencialmente instrumental ante o princípio da reserva de lei⁷.

Ao longo dos anos, assim como houve modificação no conceito de “reserva de lei”⁸, também a noção de “reserva de jurisdição” sofreu alterações. Inicialmente, é importante registrar que a lei em sentido formal deixou de ser a fonte por excelência do Direito, cedendo espaço, por exemplo, aos regulamentos, às normas supranacionais, aos princípios gerais do Direito e à própria Constituição.

Assim, a reserva de jurisdição deixou de ser mera contraparte ou mera garantia da reserva de lei. Com efeito, atualmente:

quando o juiz diz o direito, já não diz a lei ou não diz “somente” a lei. Mais: justamente porque o ordenamento jurídico não se consome nessa instância legislativa, o juiz pode mesmo ser chamado a apreciar a validade material da lei, a sua conformidade a padrões jurídicos superiores – e a isso vieram as referências à dimensão da reserva da Constituição e da reserva do Direito. [...] E sendo as coisas assim, atrevemo-nos até a alvitrar, com MIELE, que “já não é o juiz que está submetido à lei, mas é a lei que está submetida ao juiz”⁹.

7 RANGEL, op. cit., p. 14.

8 Manuel Afonso Vaz, por exemplo, aponta quatro subdivisões da “reserva de lei”: (a) reserva de Parlamento; (b) reserva da função legislativa; (c) reserva do Direito (pela qual o legislador se encontra vinculado aos princípios jurídicos fundamentais, que chegariam até a pautar o exercício do poder constituinte, para quem defende a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais); (d) reserva de Constituição (direitos, liberdades e garantias deixam de estar à livre disposição dos parlamentares) (*apud* RANGEL, *ibid.*, p. 16-19). No Brasil, José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000) diferencia o termo “legalidade” de “reserva de lei”: “o primeiro (genérica) significa a submissão e o respeito à lei; o segundo (legalidade específica) consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal; tem-se a reserva legal quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal, subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquelas subordinadas”.

9 RANGEL, op. cit., p. 20-21.

Se, por um lado, houve incremento da autonomia e do instrumental à disposição do Poder Judiciário para realizar sua missão constitucional de “dizer o direito”, por outro, a reserva geral de jurisdição também sofreu variadas ameaças, em razão da crescente e mútua imbricação dos poderes. Como exemplo da superação da divisão estanque dos poderes, podemos citar, entre outros:

- (a) a elaboração de medidas provisórias pelo Poder Executivo¹⁰,
- (b) a multiplicação de agências reguladoras – com soberania técnico-normativa sobre os temas de sua competência;
- (c) a diversificação dos procedimentos contraditórios e dos órgãos parajurisdicionais no âmbito da administração (ex: processos disciplinares, CADE, Procon, Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, Termos de Ajustamento de Condutas elaborados pelo Ministério Público, etc.);
- (d) as Comissões Parlamentares de Inquérito, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais;
- (e) a Justiça Desportiva;
- (f) a possibilidade de o Fisco ter acesso a dados cobertos por sigilo bancário, e
- (g) o projeto de lei referente à execução fiscal administrativa (PL 5080/2009), que, após ter suscitado muitos debates no ano de dois mil e nove, atualmente caminha a passos lentos no Congresso Nacional.

Embora se referindo aos exemplos portugueses de confusão entre as funções típicas de cada poder, o já citado doutrinador lusitano sinala que:

estes fenômenos e outros análogos [...] contribuiram para cimentar um ambiente de “promiscuidade” dos poderes, que podendo ser

10 Em que pese à tentativa, no ano de 2001, de tentar “moralizar” a edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo, foi necessário, no início de 2009, diálogo informal entre os três poderes para viabilizar a utilização, pela Câmara dos Deputados, de sessões extraordinárias para a votação dos projetos de lei, já que as pautas das sessões ordinárias estão sempre “obstruídas” por número considerável de medidas provisórias pendentes de avaliação.

inelutável (e até, na medida certa, salutar), não deixou de representar, aqui e além, uma verdadeira “perversão” do princípio da separação dos poderes.¹¹

Ante tal quadro, cresce a preocupação quanto à necessidade de manter determinadas questões no âmbito de atuação do poder constitucionalmente orientado a solucioná-las, especialmente no que se refere à função jurisdicional. Nesse contexto se situa o debate acerca do estabelecimento de reservas de jurisdição.

Todavia, como são estabelecidas tais reservas? Quem tem competência para discipliná-las? O constituinte? O legislador? Os membros do Poder Judiciário, em sua tarefa de interpretação legal e constitucional? Para auxiliar a responder as indagações acima, exporemos uma proposta de classificação doutrinária dos diferentes níveis de reserva de jurisdição.

1.3 CLASSIFICAÇÃO

Pode-se distinguir, inicialmente, um nível de reserva absoluta de jurisdição e outro de reserva relativa de jurisdição. O primeiro refere-se às questões em que não basta o mero controle posterior do Poder Judiciário: faz-se necessária, de antemão, a existência de decisão judicial. Quanto a isso, Rangel, citando Canotilho, afirma que “existe verdadeiro ‘monopólio de juiz’, que impede, de todo em todo, o exercício ‘dessa função por parte de outras autoridades – administrativas, legislativas, ‘judiciais/não jurisdicionais’ – mesmo que das decisões destas últimas possa haver recurso para um juiz”¹².

As reservas absolutas podem ser decompostas em reservas especificadas e reservas de criação jurisprudencial (aqui denominadas “reservas tácitas de jurisdição”, tendo em vista que, teoricamente, a jurisprudência não pode *estabelecer* uma reserva, mas apenas *identificá-la* no contexto normativo constitucional). No caso das primeiras, podem ter natureza constitucional ou infraconstitucional.

Como exemplos de reservas absolutas especificadas de origem constitucional no ordenamento jurídico nacional, podemos citar a necessidade de decisão judicial para (a) ingressar no domicílio de alguém – e apenas durante o dia – sem sua autorização e fora dos casos de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro (CF, art. 5º,

11 RANGEL, op. cit., p. 28.

12 RANGEL, op. cit., p. 62-63.

XI); (b) quebrar o sigilo das comunicações telefônicas (e apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal) (CF, art. 5º, XII); (c) dissolver compulsoriamente associações ou suspender suas atividades (CF, art. 5º, XIX); e (d) prender alguém fora das hipóteses de flagrante delito, transgressão militar ou crime propriamente militar (CF, art. 5º, LXI).

Já no âmbito infraconstitucional, pode ser mencionada a necessidade de decisão judicial para (a) anular casamento, (b) obter separação de corpus, (c) anular a maioria dos atos e contratos civis, (d) executar atos administrativos não dotados de auto-executoriedade, e (e) conferir eficácia aos atos que devem ser obrigatoriamente submetidos à jurisdição voluntária¹³.

Por sua vez, as reservas relativas de jurisdição referem-se às hipóteses em que é assegurada ao Poder Judiciário apenas a “última palavra”. Subdividem-se em *integrais* (ou de plena jurisdição) e *parciais* (ou de mera anulação), conforme, respectivamente, seja conferida ao Poder Judiciário a revisão total ou o mero controle de legalidade dos atos levados a seu exame¹⁴.

A maior dificuldade reside na definição de parâmetros suficientes para a identificação das reservas tácitas de jurisdição, ou seja, das questões em que, embora sem qualquer previsão constitucional ou legal *expressa*, apenas ao Poder Judiciário caiba dar não apenas a última – por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição –, mas também a primeira palavra.

Nesse ponto, é possível apontar um considerável desequilíbrio entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Com efeito, é o Judiciário que detém mais poderes para dispor sobre a distribuição de competências constitucionais. Em sua tarefa de intérprete e guardião da Constituição, sempre caberá aos Tribunais dar a última palavra sobre a configuração ou não de uma reserva de jurisdição, especialmente no que se refere às reservas tácitas.

1.4 RESERVA DE JURISDIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Conforme visto, nos casos de dúvida acerca da sujeição ou não de determinada questão à reserva de jurisdição, competirá ao próprio Poder

13 Em relação ao último exemplo, deve-se registrar também a discussão existente quanto ao acerto da expressão “reserva de jurisdição”: considerada a dificuldade de se achar conceituação definitiva para jurisdição, há quem proponha a utilização de “reserva do Poder Judiciário” em sua substituição. Todavia, no modelo brasileiro, esbarramos no problema da inclusão do Conselho Nacional de Justiça no âmbito do Poder Judiciário, ao qual não foi conferida função jurisdicional.

14 RANGEL, op. cit.

Judiciário decidir definitivamente. Com isso, é importante analisar os posicionamentos adotados por nossos tribunais acerca do tema para podermos, eventualmente, extrair alguma diretriz.

1.4.1 AÇÃO POLICIAL CONTROLADA DA LEI 9.034/95

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* 119.205/MS (5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* de 16/11/2009), analisou questão referente à necessidade de autorização judicial para a realização da ação policial controlada da Lei 9.034/95, que, de acordo com seu art. 2º, II:

consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

No caso, os policiais, em investigação sobre o uso, por uma organização criminosa, de determinado veículo para o transporte de drogas, decidiram aguardar a coleta de mais informações, para que se encontrasse o momento mais propício para a abordagem. Sustentou o impetrante que os policiais não poderiam ter acompanhado o deslocamento de substância entorpecente sem a devida autorização judicial, de acordo com o art. 33 da Lei 10.409/02 (atual art. 53 da Lei 11.343/06), que, de fato, estabelece uma reserva especificada infraconstitucional de jurisdição.

A 5ª Turma, todavia, considerou que a operação era amparada pelo art. 2º, II, da Lei 9.034/95 – lei que “dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas” –, que não exige prévia autorização judicial para a realização da ação penal controlada. Reconheceu-se, portanto, a inexistência de uma reserva especificada infraconstitucional de jurisdição.

1.4.2 E-MAIL CORPORATIVO

No âmbito trabalhista, foi intenso o debate, há poucos anos, acerca da possibilidade de o empregador monitorar o conteúdo veiculado por seus empregados nos denominados *e-mails* corporativos, que são destinados a melhorar a eficiência da comunicação no ambiente de trabalho.

Alguns doutrinadores, para começar a investigação acerca do tema, adotaram como parâmetro constitucional o disposto

no art. 5º, XII, da CF/88, segundo o qual “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e as comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Outros, alegando que referido dispositivo não teve por objetivo regular a interceptação de *e-mails*, invocaram o inciso X do mesmo artigo, o qual dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização”.

Todavia, independentemente do fundamento constitucional adotado, a maioria da doutrina posicionou-se no sentido da possibilidade do monitoramento do conteúdo dos *e-mails* corporativos, sem necessidade de autorização judicial, asseverando que a proteção da privacidade ou do sigilo de correspondência dirige-se apenas à comunicação estritamente pessoal, por meio de *e-mail* particular.

Por outro lado, há várias correntes divergentes, dentre as quais citamos as principais:

- (a) a primeira considera que qualquer *e-mail* pode ser monitorado pelo empregador, uma vez que estaria no exercício de seu direito de propriedade sobre a internet e os computadores utilizados pelos empregados;
- (b) a segunda afirma que, embora os direitos fundamentais possam ser objeto de restrição, apenas o Poder Judiciário estaria legitimado a autorizar tão grave violação à intimidade e ao sigilo de correspondência, tratando-se ou não de *e-mail* corporativo;
- (c) a terceira admite apenas o controle formal dos *e-mails* (ex: quantidade dos *e-mails* recebidos e enviados);
- (d) a quarta admite o acesso ao conteúdo, mas apenas em caso de fundada suspeita de comportamento reprovável (ex: divulgação de material pornográfico).

A tese acolhida pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, após a inicial divergência entre suas Turmas, foi a da doutrina majoritária. Acórdão expressivo e pioneiro sobre o tema foi proferido no julgamento do Recurso de Revista 613/2000-013-10-00.7, cuja ementa, por sua clareza e por ilustrar bem a questão, transcrevemos:

PROVA ILÍCITA. *E-MAIL* CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (*e-mail* particular). Assim, apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal da inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado *e-mail* corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o *e-mail* corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

4. Se se cuida de *e-mail* corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do

empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de *e-mail* de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em *e-mail* corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.

6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. (Recurso de Revista 613/2000-013-10-00.7, 1ª Turma, Rel. Min. João Oreste Dalazen, *DJ* de 10/6/2005)

1.4.3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No julgamento da ADI-MC 3823/DF, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de ato normativo do Conselho Nacional de Justiça que restabelecia a possibilidade de férias coletivas nos 1º e 2º graus de jurisdição.

O que mais nos interessa, todavia, é o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no qual faz críticas à atuação normativa e jurisdicional do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. Eis o seu teor:

[...]

Inicialmente, é preciso estabelecer qual a natureza jurídica do Conselho Nacional de Justiça. Verifico que o Conselho, embora esteja inserido no Título IV, que trata da Organização dos Poderes, Capítulo III, Seção I, da Constituição Federal, figurando, no artigo 92, como um dos órgãos do Poder Judiciário, apresenta, a meu ver, uma natureza eminentemente administrativa e não legislativa ou judiciária.

[...]

Então, órgão administrativo que é, o Conselho Nacional de Justiça não pode inovar em matéria legislativa e nem tomar decisões de caráter judicial ou jurisdicional. Cumpre a ele respeitar o princípio da reserva legal e da reserva de jurisdição que, evidentemente, não foi quebrado pelo constituinte derivado em favor do CNJ na Emenda Constitucional nº 45. Logo, por meio de atos regulamentares, o Conselho não pode substituir-se à vontade geral que é expressa como disse a eminente Ministra Cármen Lúcia, em conformidade com os preceitos constitucionais.

[...]

O Conselho Nacional de Justiça – isso, a meu ver, vale também para o Conselho Nacional do Ministério Público – enfrenta duas limitações bem claras: em primeiro lugar, uma *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato em face do princípio da reserva legal; em segundo lugar, numa limitação *lato sensu* a qual diz respeito à impossibilidade de cercearem, por meio de atos que expedem, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

[...]

Senhor Presidente, aproveito também a ocasião para expressar uma preocupação relativamente à adoção de certos procedimentos de natureza judicialiforme pelo CNJ e também pelo Conselho Nacional do Ministério Público, notadamente a concessão de liminares, sustando atos dos mais diversos, cujas consequências acabam onerando o Supremo Tribunal Federal.

Cito dois exemplos recentes que passaram pelo meu gabinete e entendo oportuno fazê-lo neste momento, embora não estritamente ligados à matéria em questão, para podermos pensar coletiva e conjuntamente sobre a natureza jurídica desse novo órgão que a Emenda Constitucional nº 45 introduziu na Constituição.

No primeiro deles, o Conselho Nacional do Ministério Público, através de uma liminar, sustou a posse de alguns promotores aprovados num concurso público num Estado do norte do País. No outro caso, também através de uma liminar, o Conselho Nacional de Justiça garantiu a classificação de uma candidata à juíza do Trabalho em concurso público porque não teria havido lá uma

revisão das provas etc. E essas liminares foram concedidas sem que tivessem sido esgotadas as instâncias administrativas inferiores, pois os interessados *per saltum* reclamaram diretamente a esses dois conselhos nacionais. Os interessados, também, não buscaram amparo nos órgãos competentes do Poder Judiciário. Os prejudicados, relativamente a essas liminares, ingressaram com mandado de segurança diretamente no Supremo, pois as autoridades coatoras eram os Conselhos Nacionais do Ministério Público e da Justiça, significando que o Supremo Tribunal Federal, daqui por diante, será o foro adequado para dirimir questões relativas a concursos públicos de ingresso no Ministério Público ou na magistratura em todos os rincões deste País.

Parece que isso também se passa relativamente aos cartórios, porque tenho notícia que há decisões do CNJ, de caráter liminar, interferindo em concursos de cartório. [...] (ADI-MC 3823/DF, Tribunal Pleno, Min. Cármen Lúcia, *DJe* de 23/11/2007)

Em que pese trazer argumentos laterais em relação à questão efetivamente posta em discussão, o voto do Min. Ricardo Lewandowski critica expressamente a adoção de “procedimentos de natureza judicialiforme” pelo Conselho Nacional de Justiça, asseverando que, a despeito de pertencer ao Poder Judiciário, deve respeitar a reserva geral de jurisdição estabelecida em favor dos órgãos de natureza efetivamente judicial. Igual crítica dirige ao Conselho Nacional do Ministério Público.

1.4.4 COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO

A maioria dos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em que se discutem questões relacionadas à reserva de jurisdição refere-se à atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito. Certamente, a fonte originária dessas discussões reside no art. 58, § 3º, da CF/88, que lhes atribuiu “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

Em uma primeira leitura, realmente é possível extrair do mencionado dispositivo o entendimento de que as Comissões Parlamentares de Inquérito detêm as mesmas competências das autoridades judiciais. Todavia, não é esse o posicionamento do STF.

A despeito dos poderes que lhe foram atribuídos, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que apenas órgão do Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, pode atuar nas hipóteses em que

o constituinte expressamente fixou a necessidade de decisão, ordem ou determinação judicial.

O julgamento mais importante sobre o tema, de acordo com a doutrina, foi o proferido no MS 23.452/RJ. Advirta-se, desde logo, que, apesar de a ementa do acórdão fazer referência à reserva de jurisdição, seis Ministros do STF – a maioria, portanto – acolheram o pedido com base na ausência de fundamentação do ato apontado como coator, reservando-se para se pronunciar acerca da tese da reserva de jurisdição em outra oportunidade.

No caso, discutia-se a possibilidade de CPI determinar a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico, bem como a busca e apreensão domiciliar. O Rel. Min. Celso de Mello, dissertando sobre a reserva de jurisdição, manifestou-se da seguinte forma:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição – consoante assinala a doutrina (J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 580 e 586, 1998, Almedina, Coimbra) – importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de verdadeira discriminação material de competência jurisdicional fixada no texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

Isso significa – considerada a *cláusula de primazia judiciária* que encontra fundamento no próprio texto da Constituição – que esta *exige*, para a *legítima* efetivação de determinados atos, *notadamente* daqueles que implicam *restrição* a direitos, que sejam eles ordenados *apenas* por magistrados.

[...]

Cabe enfatizar, por necessário, [...] que o *princípio da reserva de jurisdição* – mais do que simples formulação de ordem doutrinária – *representa*, na concreção do seu alcance, um expressivo *instrumento de proteção* das pessoas em geral *contra* as ações eventualmente arbitrárias do Poder Público, *qualquer* que seja a dimensão institucional em que se projete a atividade estatal. (Grifos no original.) (MS 23.452/RJ, Tribunal Pleno, Min. Celso de Mello, DJ de 12/5/2000)

Com base nesse entendimento, afirmou ser inconstitucional a determinação de busca e apreensão domiciliar, mas reconheceu a possibilidade de quebra dos sigilos bancário, fiscal e de dados telefônicos, porquanto não há dispositivo constitucional que expressamente imponha a necessidade de decisão judicial. Acompanharam o relator os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso¹⁵. Na ocasião, o segundo afirmou:

Convenci-me de que, efetivamente – sem embargo daquilo a que poderia levar uma interpretação literal do art. 58, § 3º –, quando a Constituição mesma se preocupou em reservar a interferência em certas liberdades e direitos fundamentais a uma decisão judicial, ela reclamou, então, uma ponderação de interesses com todas as garantias, não apenas do procedimento, mas da autoridade e das garantias dos órgãos do Poder Judiciário. (MS 23.452/RJ, Tribunal Pleno, Min. Celso de Mello, *DJ* de 12/5/2000)

Posteriormente, no julgamento do MS 23.652 (Tribunal Pleno, *DJ* de 16/02/2001), também de relatoria do Min. Celso de Mello, o STF, por unanimidade, reconheceu a possibilidade de CPI determinar a quebra dos sigilos bancário, fiscal e de dados telefônicos.

Observe-se, por oportuno, que os precedentes acima mencionados reconheceram não ser vedado às *Comissões Parlamentares de Inquérito*, que detêm *poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, a quebra dos referidos sigilos. A observação é importante porque ainda é controvertida a questão referente à quebra do sigilo bancário, a despeito do disposto no art. 38 da Lei 4.595/64 (atualmente revogado) e na Lei Complementar 105/01.

1.4.5 QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DE DIRIGENTE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL

Exemplificando a controvérsia mencionada no tópico anterior, no RE 461.366/DF (*DJe* de 5/10/2007), a Primeira Turma do STF, por maioria, acolheu a tese de que a competência do Banco Central do Brasil de fiscalizar as entidades financeiras não lhe conferia poderes para,

15 Registre-se, apenas, que, apesar de afirmar que acompanhava o voto do relator, aparentemente houve divergência quanto à possibilidade de CPI determinar a quebra do sigilo dos dados telefônicos. Com efeito, o Ministro Carlos Velloso afirmou o seguinte: “em voto que proferi, neste Plenário, cheguei a admitir a possibilidade de a CPI quebrar o sigilo dos dados telefônicos: HC 75.232-RJ, in *Cadernos de Direito Const. e Ciência Política*, Rev. Dos Tribunais, nº 26, p. 36. Hoje, *entretanto*, perfilho, integralmente, a doutrina da ‘reserva constitucional de jurisdição’”.

administrativamente, ter acesso a dados bancários dos dirigentes das referidas instituições. Ressalte-se, desde logo, que o caso referia-se a período anterior ao advento da Lei Complementar 105/01, não havendo pronunciamento acerca de eventual inconstitucionalidade de seu art. 2º, § 1º¹⁶, embora o teor dos votos vencedores possa levar a essa conclusão.

O Rel. Min. Marco Aurélio afirmou o seguinte:

[...] O preceito regedor da espécie, considerado o sistema da Constituição Federal, é o do inciso XII do mencionado artigo. Surge como regra o sigilo de dados, somente podendo ocorrer o afastamento por ordem judicial e, mesmo assim, visando a investigação criminal ou instrução processual penal. (STF, RE 461.366/DF, 1ª Turma, Min. Marco Aurélio, DJe de 5/10/2007)

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, sustentou “que a quebra do sigilo fiscal e bancário constitui medida excepcionalíssima, coberta pela reserva de jurisdição, como sempre tem afirmado o Supremo Tribunal Federal, inclusive em face do Ministério Público”. Adiante, complementou ser necessário “que isso ocorra dentro de um procedimento formal, de caráter judicial, com autorização das autoridades deste Poder, que é independente, neutro e se coloca acima dos interesses da própria máquina administrativa”.

O terceiro a votar, o Ministro Carlos Britto, após discorrer sobre o papel de destaque conferido pela Constituição ao Banco Central do Brasil, posicionou-se no sentido de que “no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, [...] seus protagonistas centrais têm um regime jurídico diferenciado, a ponto de quebrantar essa força

16 Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

§ 1º O sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil:

I – no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras;

II – ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial.

§ 2º As comissões encarregadas dos inquéritos a que se refere o inciso II do § 1º poderão examinar quaisquer documentos relativos a bens, direitos e obrigações das instituições financeiras, de seus controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos, inclusive contas correntes e operações com outras instituições financeiras.

de que se reveste o inciso XII do artigo 5º, tendo sido seguido pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Já a Ministra Cármen Lúcia acompanhou a conclusão do relator, sinalando, apenas, que não haveria óbice à solicitação de autorização judicial para o acesso aos dados bancários do dirigente da instituição financeira.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a crescente opacidade dos limites de atuação de cada Poder da República, o surgimento da noção de reserva, seja de lei, de administração ou de jurisdição, apresenta grande relevância, por procurar assegurar que determinadas questões sejam realmente decididas pelos órgãos constitucionalmente considerados os mais aptos a solucioná-las.

Por outro lado, a reserva de jurisdição – aqui entendida como a imposição do tratamento de certas matérias apenas por meio de decisão judicial – destaca-se entre as demais espécies de reserva, devido à cada vez mais forte “presença” do Poder Judiciário junto à sociedade, na defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Tratando-se de tema pouco explorado pela doutrina, a maioria dos debates travados nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal refere-se a casos sobre os quais há expressa previsão do constituinte no sentido da necessidade de ordem, decisão ou autorização judicial (reserva especificada constitucional de jurisdição). Basicamente, são questões relacionadas ao direito à intimidade e aos sigilos constitucionais.

Não há, todavia, grande desenvolvimento teórico e jurisprudencial quanto à possibilidade de reconhecimento de reservas tácitas de jurisdição. Mesmo no caso do último precedente citado, procurou-se ler o art. 5º, XII, da CF/88 de forma que incluísse a necessidade de autorização judicial também para a quebra do sigilo bancário, ressaltando o Ministro Marco Aurélio que ela só poderia ocorrer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Portanto, com exceção das reservas especificadas constitucionais de jurisdição, de menos complicada aplicação, permanece em aberto a discussão, cujo estudo aprofundado e conclusivo, certamente, demanda ainda muitas laudas, com a necessária incursão na intrincada teoria da separação dos poderes, percorrendo sua elaboração inicial e seu desenvolvimento até os dias atuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF, 1988.

_____. *Lei nº 9.034, de 4 de maio de 1995*. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF, 1995.

_____. *Lei nº 11.343, de 24 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 2006.

_____. *Lei nº 10.409, de 14 de janeiro de 2002*. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Brasília, DF, 2002.

_____. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF, 1964.

_____. *Lei Complementar nº 105, de 11 de janeiro de 2001*. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF, 2001.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno*. Acórdão no Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 16/9/1999. Publicado no Diário de Justiça em: 12/5/2000, p. 20.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma*. Acórdão no *Habeas Corpus* 119.205/MS. Impetrante: Fábio Ricardo Mendes Figueiredo e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em 29/9/2009. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 16/11/2009.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma*. Acórdão no Recurso Extraordinário 461.366/DF. Recorrentes: José Longo de Araújo e Banco

Central do Brasil. Recorridos: Banco Central do Brasil e José Longo de Araújo. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 3/8/2007. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 5/10/2007.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. Acórdão na Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.823/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Conselho Nacional de Justiça e outro. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 6/12/2006. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 23/11/2007.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. Acórdão no Mandado de Segurança nº 23.652/DF. Impetrante: José Aleksandro da Silva. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI do Narcotráfico). Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 22/11/2000. Publicado no Diário de Justiça em: 16/2/2001, p. 92.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Primeira Turma. Acórdão no Recurso de Revista 613/2000-013-10-00.7. Recorrentes: HSBC Seguros (Brasil) S.A. e Elielson Lourenço do Nascimento. Recorridos: Elielson Lourenço do Nascimento e HSBC Seguros (Brasil) S.A.. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Publicado no Diário de Justiça em: 10/6/2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. As Ambulâncias e o Poder Judiciário – Reserva de Jurisdição e Direito de Liberdade. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 8, n. 29, 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Restrição a Direitos Fundamentais: a Questão da Interceptação de E-mail e a Reserva de Jurisdição. *Revista de Informação Legislativa*, a. 43 n. 171 jul./set., 2006.

GIL, Antônio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição: Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

SCAFF, Fernando Facury. Sigilo Fiscal e Reserva de Jurisdição. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 71, agosto de 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

A TENSÃO ENTRE JUDICIÁRIO E EXECUTIVO A PARTIR DO DIREITO À MORADIA

*THE TENSION BETWEEN THE JUDICIARY AND
ADMINISTRATION IN HOUSING DEMANDS*

Maria Laura de Souza Coutinho
Mestre pela Escola de Direito de São Paulo – Fundação Getúlio Vargas e
Registradora de Imóveis na Comarca de Cubatão.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Expansão o Poder Judicial; 1.1 Os problemas da expansão do poder judicial; 2 O Direito à moradia; 3 A Seleção dos Tribunais e das decisões analisados; 3.1 A seleção dos tribunais; 3.2 A seleção das decisões no STF; 3.3 A seleção das decisões no TJ/SP; 4 O Direito à Moradia No Tribunais; 5 Conclusão; Referências

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 inovou ao constitucionalizar um amplo rol de direitos sociais. Além disto, adotou um complexo sistema de controle de constitucionalidade para evitar que o texto constitucional se transformasse em mera declaração de intenções. Como consequência, houve um aumento da participação do Judiciário na decisão de questões antes incluídas na esfera de discricionariedade da Administração, levando ao aumento da tensão entre os três ramos do poder estatal. Pretendo investigar neste artigo como tem se dado a relação entre Judiciário, Executivo e Legislativo em demandas que envolvem o Direito à Moradia. Este direito foi escolhido porque grande parte das pesquisas está focada no Direito à Saúde, de forma que não há um quadro completo sobre a atuação judicial no que diz respeito a concretização de direitos sociais. Para tanto, foram analisadas decisões proferidas pelo STF e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em demandas envolvendo o Direito à Moradia. Pode-se afirmar, a partir da análise destas decisões, que o Judiciário adota uma posição deferente ao Executivo quando se trata do Direito à Moradia e que é necessário o aprofundamento dos estudos para uma melhor compreensão da relação do Judiciário com os demais poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Direitos Sociais. Direito à Moradia. Separação de Poderes.- Ativismo Judicial

ABSTRACT: The 1988 Federal Constitution has innovated when it constitutionalized a long list of Social Rights. Besides that, it has adopted a complex system of Judicial Review to prevent the Constitutional text from becoming just a declaration of intents. As a result, the Judiciary started to decide questions that before were included in the sphere of discretion of the Executive or Legislative branches. This has caused increasing tension among the three branches. In this article I will investigate how the Executive, the Legislative and Judiciary relates in demands involving the Right to Housing. The Right to Housing was chosen because most studies focus on the Right to Health and there is not a complete picture of how the Judiciary acts in order to implement social rights. I analyzed decisions of the Supremo Tribunal Federal and of the Tribunal de Justiça de São Paulo. My conclusion is that the Judiciary defers to the Executive when deciding demands involving the Right to Housing. Finally, I argue that we need more studies to better understand the relation of the Judiciary with other branches.

KEYWORDS: Federal Constitution. Social Rights. Right to Housing. Separation of Power. Judicial Activism.

INTRODUÇÃO

A inclusão de um rol de direitos sociais no texto constitucional de 1988 e a adoção de um complexo sistema de controle de constitucionalidade permitiu que minorias e grupos fragilizados verbalizassem uma série de demandas, tradicionalmente veiculadas pelos canais políticos, em linguagem jurídica. Como resultado, têm-se observado uma crescente intromissão do Judiciário no processo decisório de questões antes incluídas na esfera de discricionariedade do Executivo e/ou Legislativo. Tal fenômeno é fonte de atritos entre os três ramos do poder estatal e tem levado a reflexões teóricas quanto à legitimidade do Judiciário para realizar tal tarefa em virtude, primeiro, da noção clássica de repartição de poderes como proposta por Montesquieu e, segundo, em razão dos possíveis efeitos negativos da interferência judicial na solução de questões administrativas. Este trabalho tem como objetivo estudar como o Judiciário tem enfrentado a questão da autonomia do Executivo em demandas voltadas à concretização do Direito à Moradia.

Há duas justificativas para a escolha do Direito à Moradia para orientar este estudo. A primeira delas é a relevância em si deste direito. A segunda está relacionada à necessidade de conhecimento mais amplo da atuação judicial em demandas envolvendo direitos sociais. A grande maioria das pesquisas foca a atuação do Judiciário em ações envolvendo o Direito à Saúde. É preciso verificar, no entanto, se o padrão que se observa nas ações envolvendo este direito se repete em demandas envolvendo outros direitos sociais. A minha hipótese é a de que o Judiciário mantém uma postura deferente às decisões do Executivo quando ele decide ações fundamentadas no Direito à Moradia.

De acordo com o diagnóstico do Ministério da Cidade, a partir de relatório elaborado pela Fundação João Pinheiro, são necessárias mais de 05 milhões de novas unidades habitacionais apenas para dar conta da demanda por habitação já existente¹. A falta de moradia é, portanto, uma das questões sociais mais sérias enfrentadas pelo Brasil, pois além dos óbvios problemas que a falta de abrigo acarreta, ela é fator que condiciona o sucesso de políticas de saúde e de educação.

Em que pese tal fato, o que se observa na prática é a falta de comprometimento dos governos em enfrentar o problema. É revelador que o Direito à Moradia só tenha sido expressa e formalmente incluído no texto constitucional em 2000, ou seja, quase doze anos após a

¹ De acordo com o relatório produzido pela Fundação João Pinheiro, são necessárias 5,546 milhões de unidades habitacionais para atender a demanda por moradia já existente no Brasil. Só no Estado de São Paulo, há um déficit de 1,060 milhões de unidades habitacionais.

promulgação do texto original da Constituição. Além disto, só muito recentemente começou a se observar uma preocupação com a elaboração de políticas nacionais. Nas últimas décadas, o que tem se observado é uma falta de concatenação das políticas existentes nos três níveis de poder, o que leva ao desperdício de recursos.

Seria de se imaginar, em virtude deste quadro, que houvesse uma profusão de demandas envolvendo o Direito à Moradia. Não é isto, porém, o que ocorre. Apenas para ilustrar, verifica-se que no primeiro semestre de 2011 foram localizados 255² recursos no Tribunal de Justiça de São Paulo utilizando-se como parâmetro de busca a expressão “direito à moradia”, enquanto, no mesmo período, utilizando-se como parâmetro a expressão “direito à saúde” foram localizadas 4.339 decisões.

A observação de tal fato dá margem a várias especulações. Porque pouco se procura o Judiciário quando o que está em jogo é o Direito à Moradia? Estaria tal fato ligado a ainda recente constitucionalização de tal direito ou estaria ele relacionado com a postura que o Judiciário adota quando julga pedidos fundados no Direito à Moradia? Esta pesquisa pretende contribuir para a elaboração de possíveis respostas a estas questões, o que nos levará a uma melhor compreensão das relações entre Judiciário e Executivo.

Na primeira parte do artigo, situarei a questão no universo teórico, tratando das principais objeções e possíveis vantagens da intromissão do Judiciário em questões envolvendo políticas públicas. Na sequência, apresentarei algumas questões relevantes para a compreensão dos problemas envolvendo o Direito à Moradia. No quarto capítulo, analisarei decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em processos fundados no Direito à moradia em que a questão dos limites da atuação judicial aparece. Os critérios utilizados para a seleção serão detalhados na parte inicial do capítulo. No sexto capítulo, apresentarei minhas conclusões.

1 A EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL

Neste capítulo inicial, irei tratar da expansão do poder judicial de uma perspectiva teórica. Pretendo, primeiro, fazer uma breve explanação sobre o processo que levou ao seu aparecimento e depois, mapear os argumentos contrários a esta maior participação do Judiciário.

A deterioração do ambiente democrático e as inúmeras violações aos Direitos Humanos que ocorreram na Europa no período que antecedeu a Segunda Guerra Mundial fizeram renascer a preocupação, um tanto

2 Acesso em: 21 out. 2011 às 14.08 horas.

esquecida durante o século XIX, com a existência de mecanismos de contenção do poder estatal.

Por esta razão, ao final da guerra, nota-se uma tendência à positivação de Cartas de Direitos nas Constituições dos países afetados pelo conflito que se reorganizavam politicamente. Para evitar que as Constituições se tornassem declarações vazias, a adoção de Cartas de Direito foi combinada com a adoção de alguma forma de controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Judiciário, muitas vezes combinando elementos do *judicial review* americano e do modelo de Corte Constitucional Kelseniano.

Alec Stone Sweet³ resume tal movimento:

Na Europa pré II Guerra, constituições democráticas podem ser normalmente revisadas pelo Legislativo, de acordo com sua discricção; elas proibiam a revisão da legalidade de leis pelo Judiciário; e elas não continham mecanismos de contenção substantivos, como Direitos, para a autoridade legislativa. A regra da supremacia do Legislativo significava que em conflitos entre a lei e a norma constitucional deveriam ser ignorados pelos juízes ou resolvidos em favor da primeira. A partir do final da II Guerra Mundial, um *novo constitucionalismo* emergiu e foi largamente difundido (Shapiro e Stone, 1994 b). Direitos Humanos foram codificados e colocados em local privilegiado nas leis constitucionais; e órgãos *quasi judiciais* chamados de cortes constitucionais receberam o encargo de garantir a superioridade normativa da Constituição. Estas cortes foram estabelecidas na Austria (1945), Itália (1948), Alemanha (1949), França (1958), Portugal (1976), Espanha (1978), Bélgica (1985) e, depois de 1989, e nos antigo países Comunistas República Tcheca, Hungria, Romênia, Rússia, Eslováquia, Balcãs e em muitos estados da antiga Iugoslávia.

Simultaneamente, ocorria uma lenta evolução da ideia do que seria a Democracia. A noção de *one man, one vote*, foi substituída por uma concepção mais substantiva, segundo a qual a democracia exige mais do que igualdade formal. Para os que defendem tal concepção, os governos devem atuar para garantir que todos os seus cidadãos tenham condições mínimas para desenvolver suas capacidades. Nasce, assim, uma nova geração de Direitos, os Direitos Fundamentais

3 SWETT. Alec Stone. *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford Press, p. 103.

Sociais, e um novo modelo de Estado, ou seja, o Estado do Bem Estar Social⁴.

Tal movimento iniciou-se na Europa, mas durante a segunda metade do século XX espalhou-se pelos países periféricos, afetando não só aqueles que haviam recém conquistado a independência, como Índia e África do Sul, como também aqueles que lutavam para consolidar as suas frágeis democracias, como a grande maioria das antigas colônias espanholas na América do Sul e o próprio Brasil.

A Constituição brasileira promulgada em 1988 está inserida, portanto, em um contexto internacional de valorização do Direito e, por via de consequência, do Judiciário. Fatores internos, porém, foram decisivos para o desenho institucional adotado pelo Constituinte. O país saía de (mais) um longo período de ditadura e a situação econômica era grave. Como nota Boris Fausto, a população acreditava que a Constituição poderia “consertar” todos os problemas da nação.

Os efeitos desta crença são perceptíveis no texto final da Constituição que trata dos mais diversos temas, tentando regular todo e cada aspecto da vida do país⁵. Temos, assim, a positivação de Direitos Fundamentais de Primeira, Segunda e Terceira Geração.

Ao mesmo tempo, a Constituição dotou o Judiciário de um importante poder de controle sobre o Executivo e o Legislativo. Além da clássica declaração de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão deixará de ser apreciada pelo Judiciário, ela prevê que os Direitos Fundamentais tem eficácia imediata (art. 5º, o 1º) e cria a figura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que permite ao Judiciário intervir quando o Executivo e/ou o Legislativo falharem em dar concretude ao texto constitucional.

Por esta razão, uma série de demandas que tradicionalmente deveriam ser feitas através dos canais políticos por estarem inseridas na esfera de discricionariedade da Administração, passaram a ser verbalizadas em linguagem jurídica.

A maior interferência do Judiciário na decisão destas questões tem sido fonte de frequentes conflitos. É certo que como ressalta Diego

4 Esta é, obviamente, uma descrição muito simplificada do processo que levou ao aparecimento do Estado de Bem Estar Social. Muitos foram os fatores, como a Grande Depressão, a necessidade de reconstrução ao final da Segunda Guerra e mesmo o tempo do avanço do Comunismo, que influenciaram seu desenvolvimento.

5 Esta afirmação não significa que eu esteja endossando uma crítica bastante popular e difundida segundo a qual o excesso da Constituição brasileira é, por definição, negativo. Tal crítica parte da ideia de que o modelo “ideal” de Constituição seria o americano, ou seja, um modelo que entende a Constituição como um documento de organização política e de limitação do poder, somente. A meu ver, a ambição do Constituinte brasileiro pode trazer problemas, mas não decorre daí que nossa Constituição seja ruim.

Arguelhes⁶ esta maior interferência resulta não só de uma maior disposição do Judiciário em intervir. Em muitos casos, o que se vê é a omissão deliberada do Executivo e do Legislativo que temendo prováveis desdobramentos negativos, preferem não decidir questões polêmicas.

Para Neil Tate, há várias condições políticas que colaboram para a expansão do poder judicial. Temos, segundo ele, primeiramente, a percepção por grupos marginalizados de que suas demandas terão maior acolhida em ambientes, como o Judiciário, que funcionam sem pressões políticas de outros grupos mais poderosos. Depois, temos a utilização do Judiciário pelos partidos opositores do governo que buscam derrotar as iniciativas governamentais que não conseguiram no processo majoritário e, por fim, temos a desvalorização dos Poderes Executivo e Legislativo que, muitas vezes, são avaliados negativamente pela população que os percebe como corruptos ou centrados nos próprios interesses.

Há, em resumo, uma explicação dúplice para a expansão do poder judicial. De um lado, temos a estrutura constitucional que confere ao Judiciário papel importante na condução da vida econômica e política do país. De outro, temos uma desconfiança em relação aos canais políticos.

Se, no que toca às liberdades civis e aos Direitos Fundamentais de Primeira Geração, de uma maneira geral, a maior intromissão do Judiciário é, muitas vezes, percebida não só como adequada, mas também como necessária, nos casos que envolvem o respeito a Direitos Econômicos e Sociais e, portanto, o desenho e a implantação de políticas públicas, os argumentos contrários à intromissão do Judiciário ganham força. Na sequência, passo a análise de tais argumentos.

1.1 OS PROBLEMAS DA EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL

O principal argumento contrário à expansão do Judiciário é, utilizando-se a nomenclatura proposta por Jeremy Waldron, o argumento da Democracia. Sustentam alguns autores, entre eles o próprio Waldron, que determinadas questões devem ser decididas pelo voto, seja diretamente, seja pelo processo representativo.. Quando um juiz ou grupo de juízes decide tais questões, falta legitimidade a esta decisão, na medida em que está havendo a usurpação da função de outro poder. Além disto, para Waldron, não há razões para supor que o Judiciário estaria mais apto ou melhor preparado para decidir questões controversas do que outros cidadãos.

6 ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 05-12, jan./abr. 2009.

Ele desenvolve seu argumento atacando o *judicial review* da seguinte forma⁷:

Neste trabalho, eu irei sustentar que o *judicial review* é vulnerável ao ataque em duas frentes. Ao contrário do que é frequentemente alegado, ele não fornece um meio para a sociedade focar claramente as questões que estão em jogo quando cidadãos não concordam sobre Direitos; pelo contrário, ele distrai os cidadãos com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretações. Além disso, ela é politicamente ilegítimo, quando se consideram os valores democráticos: ao privilegiar uma maioria votante dentro de um pequeno grupo de juízes não eleitos e não responsivos, ela desprotege os cidadãos comuns e varre os princípios da representação e igualdade política na resolução final de questões envolvendo direitos.

Em questões envolvendo a concretização de direitos sociais, que como Ingo Sarlet afirma exigem uma “prestação de natureza fática”⁸, este argumento ganha outros elementos. Quando o Judiciário determina que o Executivo forneça remédios ou disponibilizes vagas em escolas públicas, por exemplo, o cumprimento da decisão exige que a Administração realoque recursos e com isto, muitas vezes, o atingimento de outras metas e objetivos ficam comprometidos. Esta é uma crítica recorrente à atuação do Judiciário nas questões envolvendo direitos sociais.

Octávio Mota Ferraz e Fabíola Sulpino Vieira afirmam ainda que o Judiciário tem a falta de compromisso da Administração com a implantação dos direitos sociais, alegando seu caráter programático, não é possível “descartar-se o problema da escassez de recursos comosecundário ou ilusório”⁹ Danielle da Costa Leite Borges e Maria Alicia Dominguez Uga resumem o problema :

Todavia, a solução individualizada de uma situação, que deveria ser tratada de forma coletiva - alocação de recursos e fornecimento de medicamentos - e pelos órgãos competentes, acaba por realizar

7 WALDRON, Jeremy. *The core case against judicial review*. The Yale Law Journal, 2006, p. 1353.

8 Como notam Ingo Sarlet e Daniel Wei Liang Wang, não há direitos sem custos. Wang afirma, por exemplo, que de acordo com dados do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social a despesa dos Municípios brasileiros com a manutenção do Poder Legislativo foi de 2 bilhões de Reais, o que equivale a um quarto do montante global de seu gasto com saúde e saneamento básico (WANG, 2008: p. 539-568).

9 FERRAZ, Luiz Octavio Motta; SULPINO, Fabíola Vieira. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. In DADOS – Revista de Ciências Sociais, v. 52, n. 01, Março/2009, p. 223-251, Universidade Candido Mendes

justiça para o caso concreto (microjustiça), desprezando os aspectos coletivos de distribuição de recursos para a coletividade (macrojustiça)¹⁰.

Este tipo de crítica depende, no entanto, de validação empírica. Se, na prática, não se comprovar que a atuação jurídica compromete o desenvolvimento e aplicação de políticas públicas, ela perderá o sentido.

A meu ver, ainda faltam evidências para sustentar este tipo de crítica no Brasil. A maior parte da produção acadêmica se concentra na análise da atuação judicial na área da saúde. É preciso verificar, porém, se o padrão encontrado na saúde se repete em outras áreas. Uma pesquisa simples de jurisprudência nos sites dos principais tribunais do país parece demonstrar que os outros direitos sociais, e aqui estou me referindo à educação e moradia, sequer são muito judicializados.

Obviamente, compreender porque isto ocorre, se é que de fato tal afirmação se confirmará após a realização de estudos mais profundos e sistemáticos, também demandará outras pesquisas. Nas páginas seguintes pretendo contribuir para este debate, analisando acórdãos, ainda que em número bastante reduzido, proferidos pelo Judiciário brasileiro em demandas fundamentadas no Direito à Moradia e que apontam que nesta área o Judiciário guarda uma posição bastante deferente ao Executivo.

2 O DIREITO À MORADIA

O objetivo deste capítulo é o de discutir alguns temas que considero centrais para a compreensão das questões envolvendo o direito à moradia e as políticas públicas habitacionais. Acredito, também, que o estudo destes temas pode contribuir para a construção de uma explicação da postura judicial frente às demandas envolvendo o direito à moradia.

O primeiro ponto a destacar é o de que, apesar da gravidade do problema habitacional no Brasil, o direito à moradia não foi expressamente incluído no rol dos direitos sociais garantidos na Constituição em sua redação original. Tal fato mostra-se ainda mais surpreendente se considerarmos que os movimentos pró-moradia são os pioneiros na luta pela implementação de direitos sociais no Brasil.

10 BORGES, Danielle da Costa Leite; UGA, Maria Alicia Dominguez. *As ações individuais para fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial*. p. 02

Ainda que a proteção à moradia pudesse ser extraída de uma interpretação sistemática de diversos dispositivos espalhados pelo texto constitucional (por exemplo, art. 7º, inc. IV, art. 23, inc. IX e art. 182) e também de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário¹¹, é certo que a falta de constitucionalização expressa impactou negativamente a concretização deste direito. Para tanto, basta ver que após 2000, quando houve a inserção de tal direito no rol do art. 6º da Constituição Federal, houve um significativo aumento no número de demandas envolvendo o direito à moradia¹².

Assim, em um certo sentido, podemos dizer que a judicialização do direito à moradia encontra-se em um estágio anterior, quando comparada à judicialização do direito à saúde e do direito à educação.

É importante notar, também, que ainda que o Direito à Moradia tenha sido após 2000 expressamente previsto na Constituição Federal, não houve o avanço na positivação de princípios ou nortes para a implementação da política habitacional. Não há, por exemplo, a fixação de metas e a vinculação de verbas orçamentárias. Em resumo, apesar da positivação, o conteúdo do Direito à Moradia ainda permanece extremamente vago.

Um terceiro ponto a destacar é a falta de uma definição clara de uma política habitacional, seja no nível federal, seja nos níveis estadual e municipal. Como destaca Nelson Saule Junior no Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU, a questão habitacional só começou a receber atenção dos governos brasileiros na década de 60 e mesmo assim como medida incentivada pelos Estados Unidos para conter o avanço do comunismo na América Latina. Além disto, as políticas até hoje adotadas, inclusive o recente Programa Minha Casa, Minha Vida¹³, estão baseadas no financiamento para a

11 O Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Convenção Americana de Direitos Humanos, da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento e da Declaração sobre os Assentamentos Humanos de Vancouver, que tratam expressamente do Direito à Moradia.

12 Para ilustrar, de acordo com levantamento realizado no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 1998, tivemos 06 recursos nos quais a expressão “direito à moradia” aparecia; em 1999 este número foi de 9 recursos. Em 2000, após a promulgação da Emenda n.º 26, forma 17 recursos. Este número subiu para 26 e assim numa sucessão crescente até chegar a um pico de 494 de recursos em 2006. A partir de 2006, o número de recursos permanece estável. (Acesso em 06/10/2011).

13 Como ressaltam Mariana Fux e Pedro Fiori Arantes no artigo “Como o governo Lula pretende resolver o problema da habitação” (ARANTES, FUX: 2008), o programa Minha Casa, Minha Vida foi criado com o intuito de incentivar a produção de novas unidades habitacionais para conter o avanço da crise econômica de 2008 e não, necessariamente, como medida para reduzir o déficit habitacional.

aquisição da “casa própria” e pouco auxiliam a população que de fato sofre com a falta de moradia¹⁴.

O quarto e último ponto está diretamente relacionado aos anteriores e se caracteriza pela falta de atenção que o Direito à Moradia recebe também na doutrina brasileira. De acordo com levantamento realizado por Thiago Acca o número de obras dedicadas ao estudo do Direito à Moradia no período em que realizada a pesquisa, ou seja, entre 1964 e 2006, foi o menor quando comparado ao número de obras dedicadas ao estudo do Direito à Saúde e o Direito à Educação, que ocupam o primeiro e o segundo lugar na lista, respectivamente. O mesmo autor conclui, ainda, que só uma pequena parte dos autores avança além de definições abstratas sobre o que este direito significa¹⁵.

A soma destes fatores explica, a meu ver, ao menos parcialmente, a dificuldade do Judiciário em lidar com as demandas envolvendo o Direito à Moradia. Não há na legislação constitucional ou infraconstitucional diretrizes muito claras de qual seria o conteúdo do Direito à Moradia. Algo parecido se observa na doutrina. Desta forma, o trabalho do Judiciário ao decidir demandas fundadas no Direito à Moradia é diferente e mais complexo do que quando ele decide demandas fundadas em direitos sociais como a saúde e a educação.

3 A SELEÇÃO DOS TRIBUNAIS E DAS DECISÕES ANALISADOS

Dentro da proposta deste trabalho, não há espaço para a análise minuciosa de um grande número de decisões. Por esta razão, alguma forma de seleção se faz necessária. O critério mais óbvio seria o da relevância. Ocorre que entendo que este critério está sujeito a um alto grau de subjetividade. A tendência natural do pesquisador é dar maior atenção às decisões que parecem confirmar sua hipótese de pesquisa. Para escapar deste perigo, decidi utilizar critérios mais objetivos, ainda que correndo o risco de construir uma amostra muito limitada. Tais critérios serão explicitados na sequência.

14 Segundo dados expostos por Saule, somente 11% dos recursos disponíveis no Sistema Financeiro da Habitação foram utilizados para o financiamento de moradia para a população que percebe de 0 a 03 salários mínimos e que é a que mais sofre com o déficit habitacional.

15 ACCA, Thiago dos Santos. *Uma análise da doutrina brasileira dos Direitos Sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 a 2006* Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de São Paulo em 2009, p. 57.

3.1 A SELEÇÃO DOS TRIBUNAIS

A pesquisa foi realizada nos seguintes tribunais: Supremo Tribunal Federal (STF) e Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP). Em uma pesquisa fundada em direito social garantido pela Constituição é indispensável a análise da jurisprudência da Corte Constitucional. O TJ/SP foi escolhido, por sua vez, porque São Paulo é a cidade onde se concentra a maior demanda por habitação.

3.2 A SELEÇÃO DAS DECISÕES NO STF

Há um número muito pequeno de ações baseadas no Direito à Moradia julgadas no STF. Utilizando a expressão “direito à moradia” como parâmetro de busca, foram obtidos, apenas, sete decisões. Destas sete, três tratam da desocupação de imóveis funcionais após a demissão do servidor, tema estranho ao objeto deste estudo. As outras quatro tratam da penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação. Nestas últimas, a questão da política habitacional é expressamente enfrentada.

Além destas decisões que são colegiadas, há uma decisão monocrática proferida pela então Presidente do Tribunal, Ministra Ellen Gracie, em uma Suspensão de Liminar oriunda do Estado de São Paulo em que a questão também é enfrentada. A decisão nesta Suspensão de Liminar tem orientado a atuação do tribunal paulista em casos envolvendo o Direito à Moradia e por esta razão ela também será estudada. Assim, no todo, serão estudadas quatro decisões do STF, muito embora três tenham conteúdo praticamente idêntico.

3.3 A SELEÇÃO DAS DECISÕES NO TJ/SP

A seleção das decisões a serem estudadas no TJ/SP foi mais difícil. Devido ao grande número de decisões, foi necessário estabelecer outros critérios para a escolha dos acórdãos a serem efetivamente analisados. Considerei, primeiro, o estabelecimento de marcos temporais. Entendi, no entanto, que este critério poderia deixar de fora decisões importantes. Decidi, então, utilizar os resultados obtidos durante a pesquisa que resultou em minha dissertação de mestrado para selecionar as decisões a serem estudadas. De acordo com estes resultados, as demandas em que a tensão entre Executivo e Judiciário aparece mais clara são as ações civis públicas movidas pela Defensoria Pública de São Paulo, por intermédio do Núcleo de Habitação e Urbanismo, objetivando a

concessão de moradia a famílias que moram em área de risco ou que estavam em risco iminente de serem desalojadas pelas mais diversas razões. Além disto, é interessante notar que a Suspensão de Liminar n.º 148 foi proferida, justamente, em uma ação civil pública com estas características.

4 O DIREITO À MORADIA NO TRIBUNAIS

Como já mencionado, o STF tratou do Direito à Moradia em Recurso Extraordinário em que se questionava a constitucionalidade da exceção da impenhorabilidade ao bem de família do fiador em contratos de locação.

O Ministro Cezar Peluso, relator do recurso, defendeu a tese que saiu vencedora, segundo a qual os direitos sociais criam o dever de prestação do Estado, que, no entanto, continua a ter discricionariedade na forma de como fazê-lo.

Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com *direito à propriedade imobiliária* ou *direito de ser proprietário de imóvel* – pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão do reforço das garantias contratuais dos locadores¹⁶.

Percebe-se, assim, que no entender do Ministro, a constitucionalização do direito traz a obrigação de criar uma política pública, mas determinar qual será tal política é tarefa única do Executivo. A posição do STF fica mais clara na Suspensão de Liminar n.º 148 em que se pedia a revogação da ordem do Tribunal de Justiça de São Paulo que havia determinado à Prefeitura Municipal de São Paulo que fornecesse moradia, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, aos ocupantes de um cortiço destruído em um incêndio. Lê-se na mencionada decisão:

Nesse sentido, transcrevo excerto do parecer do PGR, da lavra do Procurador Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza: *assim, apesar da extrema relevância dos argumentos expostos na inicial desta ação civil pública, nota-se que a decisão impugnada, [...] desconsiderando as atitudes tomadas pelo Município de São Paulo, no sentido de abrigar as famílias envolvidas no desabamento, incursionou em*

16 RE 407.688-SP

seara exclusiva da administração, interferindo na implementação de políticas públicas habitacionais. Afetou, portanto, a ordem pública. Evidencia-se, de outro lado, a potencialidade de lesão à economia pública, uma vez que a imposição ao Estado de locação de inúmeros imóveis, sem a devida previsão orçamentária comprometeria a programação estatal, gerando grave impacto nas finanças públicas.” Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de inúmeras pessoas em situação potencialmente idêntica àquela descrita nos autos.

Por fim, acredito que o fato de não haver um número significativo de processos no STF tratando do Direito à Moradia já é, por si só, um indicativo importante de que questões envolvendo o direito à moradia ainda se encontram em um patamar inferior aos das demandas envolvendo o direito à saúde e, até mesmo, o direito à educação.

Como relatei anteriormente, no TJ/SP foram analisadas, somente, as decisões proferidas em ações civis públicas movidas pelo Núcleo de Habitação e Urbanismo da Defensoria Pública de São Paulo. Tais ações são propostas, via de regra, para beneficiar um grupo de famílias que está prestes de ser desalojado. Dois são os tipos de pedidos mais comuns¹⁷: a suspensão da retirada das famílias sem que antes seja providenciado novo lugar de moradia e a inscrição preferencial destas famílias em programas habitacionais.

A transcrição de um trecho da decisão proferida na Apelação Cível n.º 990.10.252542-2 (Processo n.º 053.07.107354-2) na qual se pedia a inscrição de famílias a serem retiradas em um prédio na Rua Barra do Caeté, na Capital de São Paulo, demonstra bem a forma de pensar a questão adotada pelo TJ/SP.

Primeiro, o relator transcreve trecho que ele mesmo declara usualmente citar em questões semelhantes. Pela relevância que o próprio Desembargador dá à citação, transcrevo-a na sequência:

Assim, apesar da extrema relevância dos argumentos expostos na inicial da ação civil, nota-se que a decisão impugnada [...] desconsiderando as atitudes tomadas pelo Município de São Paulo, no sentido de abrigar as famílias envolvidas no , desabamento, incursionou em seara exclusiva da administração, interferindo na

17 Há, na realidade, um conjunto de pedidos que incluindo transporte para alojamentos, lugar para depósito dos bens até que as famílias providenciem outras casas, atendimento de assistentes sociais, etc.

implementação de políticas públicas habitacionais. Afetou, portanto, a ordem pública. 14. Evidencia-se, de outro lado, a potencialidade de lesão à economia pública, uma vez que a imposição ao Estado de locação de inúmeros imóveis, sem a devida previsão orçamentária comprometeria a programação estatal, gerando grave impacto nas finanças públicas [...]. Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836/AG/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de inúmeras pessoas em situação potencialmente idêntica àquela descrita nos autos.

É interessante notar, ainda, que no mesmo acórdão, o Desembargador relator considerou estar havendo intromissão indevida não só na esfera de discricionariedade do Executivo, mas também dos próprios cidadãos afetados, que seriam obrigados a ir para o local determinado pela Administração.

É preocupante a expansão do chamado *nanny state*, em que o poder público avança cada vez mais na esfera de disponibilidade do cidadão de modo a lhe indicar (e impor) o caminho que considera correto. O desrespeito à vontade, à liberdade que a pessoa capaz tem de decidir sobre seus próprios rumos, o presumir irresponsável ou inconsequente o cidadão, representa o solário do totalitarismo

Além disto, as decisões consideram que a inscrição preferencial em programas habitacionais violaria o Princípio da Igualdade, uma vez que seria dado primazia aos interesses de um grupo, em detrimento de outros inscritos nos mesmos programas.

Geralmente, as decisões entendem que havendo uma política desenvolvida pelo ente público, seja a concessão de bolsa-aluguel, seja o chamado cheque-despejo, benefícios temporários concedidos aos desalojados, ou mesmo o simples alojamento por um período determinado, há observância do Direito à Moradia.

Em suma, a análise destas decisões demonstra que para o Judiciário paulista o direito à moradia tal como posto na Constituição não cria o direito a uma prestação substantiva. Há, é certo, o direito a uma política pública, mas para o Judiciário, cabe integralmente ao Executivo planejar e executar tal política. Neste sentido, o que se percebe é que nestes casos o conflito entre Executivo e Judiciário não ocorre.

5 CONCLUSÃO

Uma primeira conclusão a que podemos chegar com esta pesquisa é a de que o Direito à Moradia ainda é muito pouco judicializado. Considerando que já temos dez anos da promulgação da Emenda Constitucional n.º 26, seria de se imaginar que há houvesse um maior número de demandas fundadas neste direito. Explicar porque isto ocorre exigirá outras pesquisas e foge dos objetivos deste artigo.

É importante notar, também, que só um número muito reduzido de demandas envolvendo o Direito à Moradia que chegam aos tribunais buscam prestações positivas da Administração, como, por exemplo, a concessão de casas ou mesmo a realização de obras de infraestrutura urbana. A imensa maioria das demandas utiliza o Direito à Moradia apenas como defesa, em regra em processos de execução, seja no caso de impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, seja em execuções em geral.

Dito isto, parece-me claro que, ao menos no caso da moradia, não há uma excessiva intromissão do Judiciário na esfera de discricionariedade do Executivo, seja na implementação, seja na definição das políticas habitacionais. Na verdade, a observação das decisões aponta no sentido oposto, ou seja, aponta para um Judiciário bastante preocupado com os possíveis efeitos no orçamento público de decisões que concedam moradia, mesmo que para um grupo pequeno de moradores afetados por alguma tragédia ou situação peculiar, em virtude da existência de milhões de pessoas em situação idêntica ou similar.

Desta forma, acredito que a formulação das críticas ao ativismo do Judiciário brasileiro precisa ser repensada. É certo que em alguns casos, como no da saúde, observamos tribunais e juízes bastante ativistas. A preocupação com o comprometimento das políticas públicas neste caso não é, portanto, exagerada. Isto não quer dizer, porém, que estejamos diante de um Judiciário completamente alheio às dificuldades do Executivo. A minha impressão é a de que um maior controle judicial no caso da moradia poderia ser até benéfico.

Minha conclusão final é a de que ainda precisamos conhecer melhor a atuação judicial, preocupação que já domina o meio acadêmico como podemos ver pelo aumento considerável no número de pesquisas empíricas e que sem este conhecimento não é possível compreender como se dá a interação Executivo e Judiciário.

REFERÊNCIAS

ACCA, Thiago dos Santos. *Uma análise da doutrina brasileira dos Direitos Sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 a 2006*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de São Paulo em 2009.

ALFONSIN, Jacques Távora. *A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedade de funções*. Em ALFONSIN, Betania e FERNANDES, EDESIO. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Forum, 2004.

ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo n.º 250, Janeiro/Abril 2009.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGA, Maria Alicia Dominguez. *As ações individuais para fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1814/1279>>.

CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press, 1989.

CAVALCANTI, Clóvis. *Escolhas autocráticas e vida de horrores: o caso da política habitacional*. In FALCAO, Joaquim (org.) *Invasões urbanas – conflitos de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

DE SOTO, Hernando. *The other path*. New York: Basic Books: 1989.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FALCÃO, Joaquim. *Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife*. In FALCAO, Joaquim (org.) *Invasões urbanas – conflitos de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2008.

FERRAZ, Luiz Octavio Motta; SULPINO, Fabíola Vieira. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. In *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 52, n. 01, mar. 2009, p. 223-251, Universidade Candido Mendes.

FISS, Owen. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Fundação João Pinheiro. *Centro de estatísticas e informações. Déficit habitacional no Brasil 2007*. Belo Horizonte, 2009.

GARGARELLA, Roberto *et al.* *Courts and social transformation in new democracies*.

GLOPPEN, Siri. *Courts and social transformation: an analytical framework*. IN *Courts and social transformation in new democracies*.

GONDINHO, Alexandre. *Função social da propriedade*. In TEPEDINO, Gustavo (org.) *Temas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*.

HOLMES, Stephen. *Precommitment and the paradox of democracy*. In *Passions and constraints*. {s.l.:s.n.}

LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006

PESSOA, Alvaro. *O uso do solo em conflito: a visão institucional*. In FALCAO, Joaquim (org.) *Invasões urbanas – conflitos de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos in SUR – *Revista Internacional de direitos humanos*. Ano 01, N. 01, 1º semestr – 2004.

ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008.

SABEL, Charles F. SIMON, Wiliaam H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, 1015. February, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SAULE, Nelson; OSÓRIO, Letícia Marques. *Direito à moradia no Brasil*. Projeto Relatores Nacionais em DhESC – Plataforma Brasileira dos DhESC

ROLNIK, Raquel. *A cidade e a lei*. São Paulo: Studio Nobel/FAPESP, 1997.

SHAPIRO, Martin. *Courts. A comparative and political analyses*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford Press.

TATE, Neal. *Why the expansion of judicial Power*. Em TATE, Neal e VALINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial Power*. {s.l.:s.n.}

TAYLOR, Matthew M. *O Judiciário e as políticas públicas no Brasil*. DADOS – Revista de ciências sociais. Rio de Janeiro, v. 50, n.º 02, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, n. 06, junho de 2005.

VALLINDER, Torbjorn. *When the courts go marching in* em TATE, Neal e VALINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial Power*. {s.l.:s.n.}

WALDRON, Jeremy. *The core case against judicial review*. The Yale Law Journal 115: 1346, 2006.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988 vinte anos depois: a Suprema Corte e o ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV* n. 08, ju./dez. 2008, p. 407-440.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre os limites materiais do poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV n. 8, Julho/Dezembro, 2008.

A GESTÃO DE PESSOAS E A JUDICIALIZAÇÃO: AMEAÇA ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS?

*HUMAN RESOURCES MANAGEMENT AND JUDICIALIZATION:
A THREAT TO PUBLIC POLICIES?*

Valéria Porto

*Diretora do Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal da
Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão,
bacharel em Direito e Relações Internacionais, e mestre em Relações Internacionais*

Rogério Xavier Rocha

*Coordenador-Geral de Procedimentos Judiciais da Secretaria de Gestão Pública do
Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, servidor da Corregedoria-Geral da
União, é bacharel em Administração.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A política de gestão de pessoas na Administração Pública Federal; 2 A judicialização das políticas públicas e seu impacto na gestão de pessoas; 3 O ativismo judicial e o caso dos mandados de injunção nas aposentadorias especiais; 4 Desafios e propostas; 5 Conclusões; Referências

RESUMO: Uma preocupação da Administração Pública é a crescente judicialização das questões de gestão de pessoas, que acabam por colocar em xeque o desenvolvimento das políticas públicas de recursos humanos, mitigando-as em diversos aspectos. Provenientes de um ativismo judicial ou da chamada judicialização das políticas públicas, que constituiu o desdobramento de um desenho institucional impresso a partir da promulgação da Constituição de 1988, é expressivo o impacto da chamada judicialização das políticas e ainda do ativismo judicial no desenvolvimento das referidas políticas. O objetivo do presente artigo é, a partir dos números de processos administrativos autuados na Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, compará-los com o número de decisões judiciais cadastradas no Sistema Integrado de Cadastro de Ações Judiciais – SICAJ, analisar seus méritos, avaliar as consequências e propor ações de melhoria para minimizar os efeitos da judicialização. O tema da judicialização é pauta constante desde a promulgação da Constituição de 1988, quando o Poder Judiciário passou a constituir instância última das decisões que envolvam a aplicação de direitos fundamentais. Várias iniciativas do Poder Judiciário, dentre elas as instalações dos Juizados de Pequenas Causas, acabaram por incentivar a busca pelo Judiciário para fazer valer direitos, mormente de cunho remuneratório.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão Pública. Gestão de Pessoas. Políticas de Recursos Humanos. Ativismo Judicial. Judicialização das Políticas.

ABSTRACT: A concern of the Brazilian Government is the increasing judicialization of civil servants' management issues, which ultimately puts the development of public policies for human resources in check, mitigating these in many ways. Fruits of a judicial activism, or of the so called judicialization of public policies, which marked the unfolding of an institutional design printed with the promulgation of the Constitution of 1988, the impact of the judicialization of politics and of judicial activism are expressive in the development of these policies. The goal of this article is to compare the numbers of administrative processes in the Secretary of Public Management of the Ministry of Planning, Budget and Management with the number of judicial decisions registered in the Integrated Cadastre of Lawsuits – SICAJ, analyze their merits, evaluate their consequences and propose improvement actions to minimize the effects of judicial control. The theme of judicialization has been in constant debate since the promulgation of the Constitution of 1988, when the Judiciary became the last decision-making instance, when implementation

of fundamental rights are involved. Several judiciary initiatives, including the installation of small claim Courts, encourage civil servants to judicially seek enforcement of their rights, including remuneration issues.

KEYWORDS: Public Management. Human Resources Management. Human Resources Policies. Judicial Activism. Judicialization of politics.

INTRODUÇÃO

A Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão exerce, na qualidade de órgão central do Sistema de Pessoal Civil – SIPEC¹, a competência normativa em matéria de pessoal civil no âmbito da Administração Pública Federal direta, de suas autarquias, incluídas as de regime especial, e das fundações públicas.

Dentre seus objetivos, encontra-se o de formular políticas e diretrizes para a administração de recursos humanos, no que se refere à seguridade social, benefícios, relações de trabalho, carreiras, remuneração, capacitação e dimensionamento da força de trabalho, com o compromisso de garantir a democratização das relações de trabalho no âmbito da administração pública, com vistas à valorização do servidor e ao cumprimento dos princípios da eficiência e da eficácia no serviço público federal.

Entretanto, uma preocupação da Administração Pública é a crescente judicialização das questões de gestão de pessoas, que acabam por colocar em xeque o desenvolvimento das políticas supramencionadas, mitigando-a em diversos aspectos.

Provenientes de um ativismo judicial ou da chamada judicialização das políticas públicas, que constituiu o desdobramento de um desenho institucional impresso a partir da promulgação da Constituição de 1988, é expressivo o impacto dessa judicialização, e ainda do ativismo judicial no desenvolvimento das referidas políticas.

O objetivo do presente artigo é, a partir dos números de processos administrativos autuados no Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal da Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, compará-los com o número de decisões judiciais cadastradas no Sistema Integrado de Cadastro de Ações Judiciais – SICAJ, administrado no mesmo Departamento, analisar seus méritos, avaliar as consequências e propor ações de melhoria para minimizar os efeitos da judicialização.

1 Em conformidade com art. 23, inciso II, do Decreto nº 7.675, de 20 de janeiro de 2012.

Como referido acima, o tema da judicialização passou a ser preocupação constante após a promulgação da Constituição de 1988, quando o Poder Judiciário passou a constituir instância última das decisões que envolvem a aplicação de direitos fundamentais. Várias iniciativas do Poder Judiciário, dentre elas as instalação dos Juizados de Pequenas Causas, acabaram por incentivar a busca pelo Judiciário para fazer valer direitos, mormente de cunho remuneratório.

O modelo montesquiano de separação de poderes adotado por nós, e a consequente adoção do Estado Democrático de Direito faz-nos ater à funcionalidade do modelo, com vistas ao seu equilíbrio e sintonia entre as partes.

A seção II introduzirá os principais pontos da política de gestão de pessoas que vem sendo implementada nos últimos anos pela Administração Pública Federal. Uma política que, antes focada primordialmente na remuneração, hoje se vê levada a constituir-se de forma integrada, onde o mérito e o desempenho do servidor devem ser considerados com destaque. Neste ponto, a negociação coletiva mostra-se elemento importante na democratização das relações de trabalho.

A seção III avaliará, a partir dos números de processos na área de gestão de pessoas tomados como base, tanto na seara administrativa como naquela de ordem judicial, os possíveis impactos e as consequências da judicialização na efetivação das políticas de gestão de pessoas que hora estão sendo implementadas.

A seção IV analisará caso concreto de ativismo judicial e seu reflexo na área administrativa, como é o caso dos mandados de injunção exarados pelo Supremo Tribunal Federal para suprir omissão legislativa no que se referem às aposentadorias especiais do servidor público federal, objeto do parágrafo 4º, do art. 40, da CF/1988, e seus incisos I (pessoas com deficiência), II (aqueles que exercem atividades de risco), e III (aqueles que exercem atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física).

A Seção V apresentará, diante a realidade da judicialização das políticas, os desafios a serem enfrentados e, ademais, fará propostas no sentido de que as políticas de gestão de pessoas garantam sua implementação e desenvolvimento, o que levará à inevitável conclusão de que, diante da realidade da crescente judicialização, o melhor caminho certamente não será atacá-la levemente, mas envidar esforços no sentido de reestabelecer o equilíbrio dos poderes e então adquirir as condições de avanço na melhoria das políticas públicas, especialmente no que concerne à gestão de pessoas.

1 A POLÍTICA DE GESTÃO DE PESSOAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

A política de recursos humanos que vem sendo adotada pelo Poder Executivo Federal desde 2003 está diretamente relacionada à reconstrução do Estado brasileiro, de modo a exercer papel ativo na gestão das políticas públicas e na indução do processo de desenvolvimento econômico e social do país.

O fortalecimento da Administração Pública e seus processos de gestão passaram a ser prioridade, com o escopo de viabilizar a construção de um Estado capaz de atender às demandas de uma sociedade democrática e justa. E tal desafio implica, necessariamente, em uma análise mais aprofundada na gestão de pessoas no serviço público.

A atuação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, nesse período, tem sido pautada pelo esforço para atender as necessidades de criação das condições para que os quadros do serviço público federal sejam partícipes diretos e ativos da promoção dessa orientação de governo, que visa primordialmente:

- instituir serviços públicos profissionalizados, eficientes e eficazes, para construir e desenvolver uma inteligência permanente no Estado;
- proporcionar aos servidores remunerações justas, observados os paradigmas de mercado;
- assegurar que o Governo Federal conte com força de trabalho qualificada e flexível, inclusive para lidar com novas tecnologias;
- favorecer o desenvolvimento de um ambiente de inovação e criatividade na Administração Pública Federal;
- consolidar o uso de indicadores objetivos de desempenho de servidores, equipes e órgãos ou entidades da Administração direta, indireta, suas autarquias e fundações;
- proporcionar o envolvimento dos servidores com a execução eficaz e eficiente dos serviços públicos, e garantir seu comprometimento com resultados e com o constante aprimoramento dos serviços prestados à sociedade brasileira;

- contribuir para a execução das políticas públicas com eficiência e eficácia; e
- planejar os impactos orçamentários e financeiros no curto, médio e longo prazos relacionados aos gastos com pessoal, com o intuito de preservar o equilíbrio fiscal.

A partir desse referencial estratégico, a Administração Pública promoveu reformulações essenciais, evidenciadas em todos os seus eixos de atuação, com destaque para a intensificação do processo de democratização das relações de trabalho, a reestruturação das carreiras e cargos, a seguridade do servidor e a implantação de novos instrumentos e metodologias de gestão de pessoas, tais como a gestão por competências, a gestão de desempenho e o aprimoramento de processos e sistemas.

A democratização das relações de trabalho é atualmente o eixo norteador da política de gestão de pessoas. Sua maior expressão é a constituição da Mesa Nacional de Negociação Permanente - MNNP, espaço inovador de diálogo e de mediação dos conflitos entre a Administração Pública e as entidades representativas dos servidores públicos. Resultados concretos foram alcançados, com alterações nas estruturas remuneratórias e nos planos de cargos e carreiras e, sobretudo, com o lançamento dos pilares da cultura da negociação entre o Governo Federal e seus servidores públicos.

A gestão das carreiras e dos planos de cargos da Administração Pública Federal foi revisada com a participação dos servidores públicos em espaços de negociação, e levou em consideração os desafios enfrentados na implantação das políticas públicas nas áreas em que cada categoria atua.

O objetivo é fazer com que, por meio da negociação, a organização dos planos de cargos e carreiras deixe de ser um tema exclusivamente técnico ou de mero atendimento das demandas de recomposição remuneratória, transformando-se em instrumento estratégico de gestão de pessoas e de organização da força de trabalho.

No que se refere à implantação de novos instrumentos e metodologias de gestão de pessoas, importante passo foi dado no sentido da instituição da gestão do desempenho no serviço público federal, com a criação de uma nova sistemática de avaliação de desempenho para os planos de cargos e carreiras. O sistema avaliativo fundamenta-se na prévia pactuação de metas individuais e coletivas à luz das grandes metas institucionais.

A adoção da gestão por competências como instrumento estratégico da política de desenvolvimento do servidor, instituída pelo Decreto no. 5.707, de 23 de fevereiro de 2006, trouxe um marco regulatório importante no processo de fortalecimento da qualificação e profissionalização do serviço público, o que implica uma nova dinâmica para a política de capacitação. A adequação das competências requeridas dos servidores aos objetivos institucionais passa a ser requisito indispensável, o que propicia o desenvolvimento contínuo da força de trabalho e, conseqüentemente, da própria Administração Pública Federal.

Importante destacar, neste ponto, que a atual política de gestão de pessoas também está promovendo profundas mudanças de paradigma na seguridade social dos servidores públicos. Ressaltem-se as iniciativas de implantação de um sistema de atenção à saúde do servidor, projetado com a participação dos profissionais de saúde dos diversos órgãos públicos, e a universalização do acesso ao benefício da saúde suplementar. No campo da previdência, caminha-se para regulamentação do regime próprio e do regime complementar de previdência do servidor público².

No entanto, não é possível pensar na gestão de pessoas no serviço público federal sem contemplar a gestão estratégica da informação e do conhecimento. A gestão das informações pessoais, funcionais e financeiras dos servidores públicos federais revelou-se um desafio de difícil superação, uma vez que a única fonte de informações disponível é o Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (SIAPE).

O SIAPE foi desenvolvido com o objetivo específico de processar a folha de pagamentos dos servidores públicos civis do Poder Executivo federal, unificando as diversas folhas dos órgãos públicos federais. Trata-se de sistema informatizado central da Administração Pública Federal, que possibilita o controle da força de trabalho, da lotação e da movimentação dos cargos e empregos entre órgãos ou entidades e da folha de pagamento. Apesar disso, oferece reduzida possibilidade de utilização de dados cadastrais para a obtenção de informações gerenciais, capazes de subsidiar a elaboração de políticas e ações para a gestão de recursos humanos.

Para transpor esse desafio, melhorias significativas vêm sendo implementadas para o desenvolvimento e a gestão das informações e dos dados relativos aos servidores públicos, a fim de trazer maior qualidade e transparência ao processo decisório relativo à gestão de pessoas.

² Cf. PL 1992/2007, que cria a FUNPRESP, visando à regulamentação dos parágrafos 14, 15 e 16 do art. 40 da CF/1988. No que se refere à regulamentação do Regime Próprio de Previdência do Servidor Público Federal, uma minuta de projeto de lei encontra-se em discussão no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Outra estratégia importante nesse sentido é a busca de maior aproximação entre o órgão central e os órgãos setoriais e seccionais do Sistema de Pessoal Civil da União (SIPEC), primando pela qualidade das orientações normativas e pela realização de eventos de disseminação de informações sobre a política de gestão de pessoas do Governo Federal.

Em síntese, podemos dizer que a atual política de gestão de pessoas tem por eixo central a democratização das relações de trabalho, como já mencionado, processo que pressupõe a recomposição da força de trabalho com servidores públicos, o fortalecimento dos planos de cargos e carreiras e a melhoria da estrutura salarial, com o objetivo de manter o quadro de servidores públicos e a prestação de serviços públicos de qualidade, além de criar metodologias mais adequadas de gestão de pessoas no Governo Federal.

Embora incipiente o planejamento de Recursos Humanos no Brasil, enfatize-se que a nomeação de novos servidores deve ser precedida de cuidadoso processo de planejamento da força de trabalho, onde as competências desejadas devem ser definidas com clareza.³

A democratização das relações de trabalho no serviço público pressupõe a reestruturação das relações entre Governo e servidores, com vistas à qualificação dos serviços públicos, possibilitando ao servidor público organizar-se de forma independente e ativa, fazendo-se representar por seus pares.

A liberdade de associação sindical consiste no direito dos servidores de se organizarem em sindicatos mantidos conforme seu próprio regulamento, sem a interferência da gerência estatal. Referida representação é um dos pilares fundamentais da negociação coletiva – direito laboral coletivo reconhecido pela Organização Internacional do Trabalho e por nosso ordenamento jurídico pátrio⁴, conforme disposto no art. 8º da Constituição de 1988.

O processo de democratização e o tratamento de conflitos nas relações de trabalho entre os servidores públicos e o Estado busca formular e dar tratamento às demandas advindas do movimento sindical, pactuando respostas adequadas e melhores soluções aos conflitos existentes nas relações de trabalho no serviço público, em consonância com os conceitos e exigências atribuídos à Administração Pública pela Constituição de 1988, em favor da sociedade.

No tocante aos servidores públicos, a Constituição de 1988 instituiu o direito à livre associação sindical e a utilização do instrumento

3 Sobre o tema, cf. COSTIN, Claudia. *Administração Pública*, p. 154-181.

4 Convenção nº 154, de 1981, da OIT, ratificada pelo Brasil em 1992, e art. 8º, VI, da Constituição de 1988, que estipula a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

da greve, ainda pendente de regulamentação, mantendo-se omissa, no entanto, quanto à possibilidade do estabelecimento da negociação coletiva para os servidores públicos.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SEU IMPACTO NA GESTÃO DE PESSOAS

Destaque-se, inicialmente, a confusão que muitas vezes é feita entre o ativismo judicial e a judicialização, que, apesar de guardarem certa semelhança entre si, são institutos que não se confundem, por originarem-se de causas diversas.

Enquanto a judicilização é consequência natural do constitucionalismo, mormente após a promulgação da Constituição de 1988, que consiste em uma reação natural do Poder Judiciário à omissão dos demais Poderes - reação essa amparada no capítulo dos direitos fundamentais da Carta Magna -, o ativismo judicial decorre de ação proativa dos órgãos do Poder Judiciário, com o intuito de dar ampla interpretação às normas constitucionais; nesse caso, há um exercício deliberado de vontade política, tornando-se possível a concretização dos valores e fins dispostos na Carta Magna.

Ademais, a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, trazidos pela Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e dos Juizados Especiais federais, inseridos em nosso ordenamento jurídico pela Lei no. 10.259, de 12 de julho de 2001, trouxe à lume a aplicação de critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, que em muito contribuíram para o aumento de questões judicializadas.

No que se refere à judicialização de questões atinentes a recursos humanos, verifica-se, a partir da experiência do Poder Executivo Federal, que o processo de judicialização das políticas de Gestão de Pessoas está estreitamente correlacionada às questões remuneratórias e ao embate acerca dos direitos e vantagens próprias dos servidores públicos, embora temas como concurso público, nomeação, movimentação de pessoal, direito de greve, entre outros, sejam também objeto de demandas judiciais.

Um quadro sobre essa realidade nos é oferecido pela análise de dados constantes do Sistema de Cadastro de Ações Judiciais – SICAJ, módulo do sistema SIAPE por meio do qual se realiza o cadastro, o controle e o acompanhamento do cumprimento de ações judiciais propostas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, movidas por servidores públicos, ativos e aposentados e por beneficiários de pensão vinculados à União.

Referido sistema, cuja criação foi estabelecida pelo Decreto nº 2.839, de 6 de novembro de 1998, está em operação desde 2001, e comporta, atualmente, um total superior a 65 mil ações judiciais cadastradas, beneficiando mais de 151 mil servidores públicos desde sua criação, com execução mensal aproximada de R\$ 114 milhões, conforme dados referentes à folha de pagamento de agosto de 2011.

O SICAJ, estruturado para controlar as despesas da União com decisões judiciais, por meio da interface entre o Sistema de Integrado de Administração de Recursos Humanos (SIAPE) e o Sistema de Administração Financeira Federal e de Contabilidade Federal, tem os parâmetros de cadastramento de ações judiciais estabelecidos obrigatoriamente pelos órgãos de representação judicial ou de assessoria jurídica da Advocacia-Geral da União, além de ser constantemente monitorado pelos órgãos de controle interno – Controladoria Geral da União – e de controle externo – Tribunal de Contas da União.

Numa análise temporal das despesas com ações judiciais em folha de pagamento, a execução financeira mensal e anual desta despesa tem apresentado redução nos últimos anos, na ordem de 35% entre os anos de 2005 e 2010, conforme demonstra o *Gráfico 1*. Referida redução está alicerçada na introdução de novas políticas remuneratórias, tais como a remuneração por subsídio, a implantação de novas carreiras e novos planos de cargo, a implementação efetiva das avaliações de desempenho dos servidores ativos, e ainda o esforço para a revisão dos pagamentos irregulares identificados.

Embora esse dado não traduza necessariamente uma redução do número de ações judiciais movidas por servidores públicos, revela, ao menos, um movimento de individualização das querelas judiciais entre o Estado e seus servidores, que, motivados pela inexistência da chamada jurisdição condicionada ou instância de curso forçado no atual ordenamento constitucional, e, ainda, pelas facilidades de acesso à Justiça – ressalte-se aqui a atuação dos Juizados Especiais (*cf. Gráfico 2*) – têm buscado o Poder Judiciário para fazer valer direitos, especialmente de cunho remuneratório.

Esse mesmo dado indica, a partir dessa tendência de crescimento das demandas individuais em relação às demandas coletivas, os acertos do processo de democratização das relações do trabalho e da recente experiência com a Mesa Nacional de Negociação Permanente como instrumento de discussão sobre os direitos dos servidores públicos entre o Estado e as entidades representativas dos servidores públicos.

Outro aspecto relevante extraído da análise dos dados do SICAJ é que o fluxo de demandas judiciais em torno de um único tema ou de um único direito tem revelado que a judicialização nas questões de gestão de pessoas está relacionada, muitas vezes, à própria omissão do Estado em esclarecer ou implementar efetivamente suas políticas de pessoal. Isso é claramente observado ao analisarmos os dados de concentração de demandas em alguns temas, quando comparado ao número de processos cadastrados no SICAJ a cada ano, conforme se verifica no *Gráfico 3*.

Para exemplificar a situação acima, verifica-se que demandas judiciais tratando do direito à incorporação de quintos/décimos no período posterior a 1999, motivado por longa divergência interpretativa quanto aos efeitos da Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, ou em torno da natureza jurídica das Gratificações de Desempenho, discussão originada pela falta de regulamentação dos critérios de avaliação de desempenho dos servidores ativos, tem sido, nos últimos anos, os temas de maior recorrência nas ações judiciais relacionadas à área de pessoal, e são exemplo de situações jurídicas não resolvidas internamente pelo próprio Estado.

Essa mesma característica de afunilamento dos temas discutidos em via judicial é observada quando analisado o impacto financeiro das demandas judiciais sobre a folha de pagamentos, que concentra em apenas cinco objetos, dos mais de 300 existentes no SICAJ, 55% dos pagamentos de decisões judiciais realizados mensalmente em folha de pagamento. Contudo, ressalte-se que esses objetos judiciais de maior relevância financeira, conforme demonstrado no *Gráfico 4*, são fruto de discussões relacionadas a expurgos financeiros de políticas econômicas, que não tem uma correlação direta com políticas remuneratórias ou direitos e vantagens inerentes aos servidores públicos.

3 O ATIVISMO JUDICIAL E O CASO DOS MANDADOS DE INJUNÇÃO SOBRE AS APOSENTADORIAS ESPECIAIS DO SERVIDOR PÚBLICO

A aposentadoria especial do servidor público foi prevista na Constituição de 1988 em sua redação originária, e tem por objetivo salvaguardar a saúde, a integridade física e mental do servidor; compensar os riscos a que se submeteram titulares de algumas carreiras governamentais, e ainda aqueles servidores com deficiência, na forma do § 4º, do art. 4º, do art. 40, da CF de 1988, na redação dada pela EC nº 47, de 5 de julho de 2005:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

[...]

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)*

I portadores de deficiência; *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)*

II que exerçam atividades de risco; *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)*

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)*

Entretanto, até o presente momento a aposentadoria especial do servidor público ainda pende de regulamentação, na forma que requer o § 4º, do art. 40 da CF/1988. No Congresso Nacional encontram-se em tramitação os Projetos de Lei Complementares no. 554 e 555, que tratam de regulamentar os incisos II e III, do § 4º, do art. 40, respectivamente. No que tange à aposentadoria especial a pessoas com deficiência, constante do inciso I do mencionado parágrafo 4º, minuta de lei complementar encontra-se em análise na Casa Civil da Presidência da República.

Na falta da lei complementar para regulamentar as aposentadorias especiais, o Supremo Tribunal Federal tem suprido referida omissão legislativa por meio de decisões em autos de Mandados de Injunção, estendendo aos servidores públicos a norma

do art. 57, parágrafo 1º, da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, a lei de regência do regime geral de previdência social.⁵

No âmbito da Administração Pública, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão fez editar a Orientação Normativa MP/SRH no. 10, de 5 de novembro de 2010, para, em conjunto com a Instrução Normativa nº 1, de 2010, da SPS, do Ministério da Previdência Social, orientar os órgãos e entidades integrantes do SIPEC quanto à concessão de aposentadoria especial de que trata o art. 57, da *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*, aos servidores públicos federais amparados por Mandados de Injunção.

Ressalte-se aqui que, embora tenha o Poder Judiciário se valido da analogia disposta na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (arts. 4º e 5º do Decreto-Lei 4657/1942) para atingir os fins sociais e o bem comum, são muitas as dificuldades enfrentadas pela Administração Pública para a implementação das decisões exaradas nos autos dos supramencionados Mandados de Injunção, tendo em vista expressivas distinções entre o Regime Próprio do Servidor Público⁶ e o Regime Geral de Previdência Social.

Apesar dos esforços que têm sido empreendidos para a concessão da aposentadoria especial àqueles beneficiados por decisões em ações individuais ou coletivas exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, reconheça-se a possibilidade de que distorções ocorram no ato das referidas concessões, justamente pela dificuldade de integração das normas em questão.

Trata-se, portanto, de típico caso de ativismo judicial que, muito embora tenha tido o Poder Judiciário o intuito de colmatar omissão legislativa e cumprir preceitos constitucionais, as decisões judiciais exaradas sobre a questão tiveram o condão de interferir diretamente na administração pública e na execução de políticas públicas.

5 Cf. o *MI 758-ED*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 8-4-2010, Plenário, DJE de 14-5-2010. No mesmo sentido, o *MI 795*, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-4-2009, Plenário, DJE de 22-5-2009; *MI 788*, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 15-4-2009, Plenário, DJE de 8-5-2009. Mais recentemente, com relação às pessoas com deficiência, o *MI 1.967*, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 24-5-2011, DJE de 27-5-2011. No mesmo sentido, o *MI 3.322*, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-6-2011, DJE de 6-6-2011.

6 Tendo em vista o Regime Próprio do Servidor Público ainda pender de regulamentação, encontra-se em vigor o Plano de Seguridade Social do Servidor – PSS, em conformidade com os arts. 183, 184 e 185 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

4 DESAFIOS E PROPOSTAS

Vê-se, do exposto, que os desafios não são poucos. E aqui não há falar em culpados ou em extrapolações de competências. Na verdade, decisões proferidas pelo Poder Judiciário são, em sua maioria, necessárias, e respondem a questões que lhe foram submetidas, muitas das vezes a urgir por concretização de direitos fundamentais, e sem usurpação da competência dos demais poderes.

Referida prática intervencionista do Poder Judiciário ocorre igualmente em países estrangeiros, e o que se procura nesse caso é preservar a separação entre os poderes, em busca do equilíbrio.

No âmbito da Administração Pública, embora muito já se tenha conseguido avançar no tocante à redemocratização das relações de trabalho, políticas de valorização e desenvolvimento do servidor público, por meio do redimensionamento da força de trabalho, programas de capacitação, programas de saúde do servidor e qualidade de vida, e, ainda, sem olvidar a recomposição remuneratória para diversas carreiras e planos de cargos do Poder Executivo Federal, muito ainda está por ser feito.

Em primeiro lugar, mencione-se a necessidade premente de uma modernização do direito administrativo pátrio, a fim de que possa abandonar o conceito vetusto da relação entre “administrador” e “administrado”, e passar então a dialogar com os princípios fundamentais da Constituição de 1988. O Estado Social deverá passar pela reconstrução da noção de ato administrativo, onde a Administração deverá lidar com sujeitos de direitos, que estabelecem relações administrativas.

Em segundo lugar, uma avaliação dos conceitos da Lei nº 8.112/90, que nos seus 21 anos, já está a requerer profundas alterações, além do desenvolvimento de um trabalho de consolidação da legislação de pessoal.

Ressalte-se, ainda, a necessidade de melhorias operacionais e de gestão nos órgãos de gestão de pessoas e a celebração de parcerias com os órgãos de execução e as unidades consultivas e de contencioso da Advocacia-Geral da União, o que viabilizará a resolução de conflitos na seara administrativa, por meio de Câmaras de Conciliação, já instaladas.

E com leis atualizadas e consolidadas, aliado a um processo desenvolvido de gestão de pessoas, será possível sair detrás do “balcão” de recebimento de questões administrativas e que, não incomum, terminam por ser judicializadas, e, assim, antever potenciais questões que poderão ser solvidas na seara administrativa, antes mesmo de transformadas em conflitos.

Por fim, rememore-se o lançamento da *Avaliação da Gestão de Recursos Humanos no Governo – Relatório da OCDE – BRASIL 2010 – Governo Federal*, no dia 20 de maio de 2010, no Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Trata-se do mais completo diagnóstico sobre a gestão de recursos humanos já produzido sobre o setor público no Brasil. Produto de uma parceria estabelecida pela OCDE, pelo Banco Mundial e pelo Governo Brasileiro, representado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do Brasil, visou estabelecer um diálogo institucional e o intercâmbio de experiências e *best practices* entre os órgãos envolvidos.

O trabalho discutiu e analisou questões relativas à administração da força de trabalho em termos do desenvolvimento de carreiras, da capacitação de pessoal, da gestão por competência e da avaliação de desempenho, e avaliou aspectos relativos ao sistema de pagamento de pessoal, relacionamento das áreas de recursos humanos no sistema federativo de governo e legislações pertinentes.

O Capítulo 4 do relatório, intitulado “*Fortalecendo a reforma da gestão de recursos humanos no governo federal brasileiro*” afirma que o Brasil, para projetar e implementar reformas de gestão de recursos humanos com sucesso, deverá analisar uma série de condições estruturais, dentre elas “*assegurar a coerência entre os valores essenciais e os valores incorporados na legislação e nos instrumentos de gestão de recursos humanos*”.

Embora muitos avanços ainda sejam esperados, tais como o aperfeiçoamento dos sistemas da gestão por competências e da avaliação de desempenho, reconheceu a OCDE que desde a década de 80 do século XX o Brasil tem passado por diversas fases de reforma da administração pública e que hoje os valores tradicionais, tais como a valorização do mérito, a continuidade, a probidade e agora a forte ênfase na capacitação e na transparência encontram-se bem enraizados na cultura da administração pública brasileira e que o Governo federal está em plenas condições de avançar para métodos de gestão de pessoal que tenham como foco a adoção de valores essenciais.

Valores centrais para os países de língua espanhola, valores essenciais para os de língua portuguesa. De menor importância a tradução que se propõe, mas de suma valia a ideia de que valores essenciais deverão ser estabelecidos na administração pública, a partir dos quais quaisquer políticas de gestão de recursos humanos deverão ser erigidas.

Como o próprio relatório da OCDE destacou, “*o fato de os valores serem revistos de quando em quando não significa que eles sejam instáveis;*

embora as reformas do serviço público tenham acrescentado novos valores, eles também reafirmaram a existência de valores essenciais”.

Daí a ideia da construção de uma sinergia de leis, apta a desempenhar o papel de eficiente instrumento de desenvolvimento de políticas públicas consistentes.

O relatório da OCDE ressaltou que o Governo federal deveria ser elogiado por suas realizações, no sentido de garantir o mérito, a continuidade do pessoal, a imparcialidade e o profissionalismo na gestão dos servidores públicos, e, ainda por manter um controle rígido sobre a dimensão da força de trabalho, o que propicia uma força de trabalho menos centrada no recebimento e no controle de processos e mais ligada às necessidades estratégicas do Governo.

A publicação, cujas conclusões e recomendações foram extraídas da experiência dos países-membros da OCDE, visa a contribuir para o desenho de futuras reformas da gestão da força de trabalho do Governo Federal.

5 CONCLUSÕES

Diante a constatação de que estamos a conviver com a realidade de que temos um Poder Judiciário proativo, preocupado em dar concretude às disposições constitucionais em uma sociedade a impor relações cada vez mais complexas, urge o oferecimento de respostas concretas e oriundas de planejamento estratégico eficiente, de forma a honrar os direitos sociais e contribuir para o equilíbrio dos Poderes.

No tocante às políticas de recursos humanos, estamos a falar de grandes desafios. Um de ordem cultural, ao propormos uma visão sistêmica da gestão de pessoas; outro de natureza pedagógica, ao tentarmos ultrapassar o incômodo de enfrentar ousadas afirmações como aquela que diz que “a lei não pegou” e sermos capazes de introduzir no ordenamento os valores essenciais, de onde florescerão as políticas de gestão de RH; e, finalmente, o desafio de ordem política, ao enviares esforços para transpor conflitos de interesses diversos.

A área de recursos humanos vem ocupando papel de primordial importância no novo cenário internacional, onde crises econômicas estão a requerer soluções criativas e inovadoras. Não raro, os avanços tecnológicos estão a exigir *expertise* humano cada vez mais especializado para manter esse desenvolvimento “na ponta”.

Se antes concentrávamos basicamente na burocracia e nas atividades de controle, a gestão de pessoas passou a ocupar lugar estratégico, onde o mérito e o desempenho são elementos hábeis a estabelecer importantes diferenciais.

E a legislação há que espelhar essa nova realidade, sob pena de ficarmos na contramão dessa evolução. Oportuno, neste ponto, trazermos à baila, uma vez mais, a lição de Montesquieu que, em seu *O Espírito das Leis*, no seu significado mais amplo, as leis são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas.

E se logarmos ultrapassar os desafios que estão colocados na área administrativa, não só experimentaremos um significativo retrocesso nas demandas judiciais, mas o aperfeiçoamento das políticas públicas de recursos humanos e a consolidação dos direitos fundamentais entre nós.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Relatório Final da Conferência Nacional de Recursos Humanos da Administração Pública Federal*. SRH/Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília, 2009.

CARDOSO Jr., José Celso; PIRES, Roberto Rocha C. (org.): *Gestão Pública e Desenvolvimento: Desafios e Perspectivas. Diálogos para o Desenvolvimento*, v. 6. Brasília: IPEA, 2011.

CASSESE, Sabino. *Shrimps, Turtles and Procedure: Global Standards for National Administrations*. International Law and Justice Working Papers IILJ Working Paper 2004/4

Global Administrative Law Series, University of Rome Richard Stewart, J.H.H. Weiler, Katrina Wyman. In: www.iilj.org

COSTIN, Claudia. *Administração Pública*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 16. ed., 2011.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2010.

OECD *Reviews of Human Resource Management in Government*. BRAZIL 2010. Federal Government. OECD, 2010.

ANEXOS

Gráfico 1

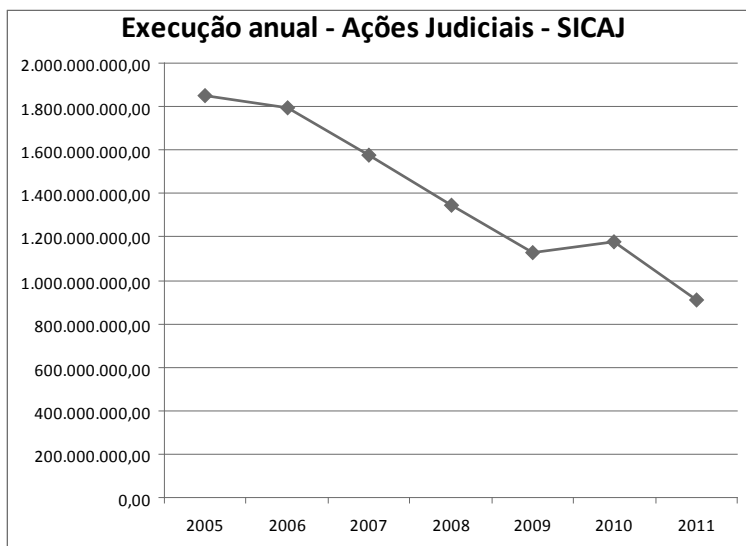


Gráfico 1 Execução anual - Fonte: DW SICAJ Set2011 - Dados 2011 até setembro

Gráfico 2

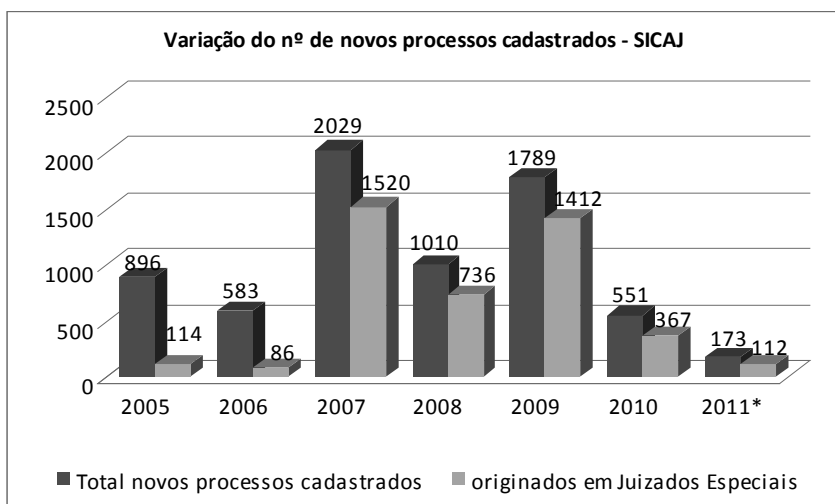


Gráfico 2 - Número de ações judiciais no ano X Ações Judiciais em Juizados Especiais

Gráfico 3

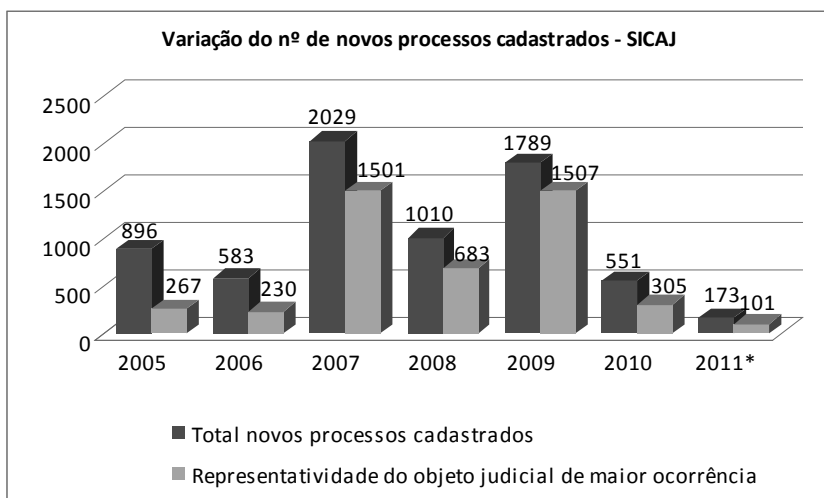


Gráfico 3 - Número de ações cadastradas ao ano X Objeto judicial de maior ocorrência

Gráfico 4

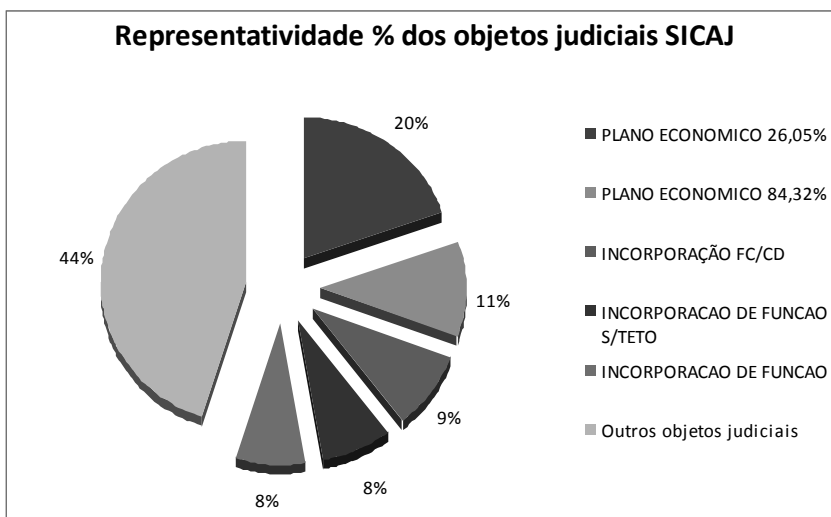


Gráfico 4 - Representatividade dos objetos judiciais no SICAJ - Fonte: DW SICAJ Set2011

O CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*THE SOCIAL WELFARE COUNCIL (CNPS) AND THE
DEMOCRATIC RULE OF LAW*

Estela Vilela Gonçalves

*Procuradora Federal em exercício na Procuradoria Regional Federal da Terceira
Região, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União*

SUMÁRIO: 1 O Estado Democrático de Direito como paradigma jurídico; 2 Conselhos Gestores como expressão do Estado Democrático de Direito; 3 Participação popular na condução das políticas públicas em geral, na seguridade social e na previdência social. Previsão constitucional e legal; 4 O Conselho Nacional de Previdência Social; 4.1 Assembléias. Atas. Formalização. Transparência e publicidade; 4.2 Os Conselheiros. Representatividade da sociedade; 4.3 Competências. Pauta das Reuniões; 5 Conclusão. O CNPS como concretização do Estado Democrático de Direito. Possibilidades e limites; Referências.

RESUMO: Pretende o artigo demonstrar as possibilidades e limites do Conselho Nacional de Previdência Social na concretização do Estado Democrático de Direito. Para tanto, desenvolve o conceito de Estado Democrático de Direito como paradigma jurídico, e apresenta os conselhos gestores como estruturação institucional de arenas que possibilitem a participação direta dos diversos segmentos da sociedade na condução das políticas públicas, e dentre eles o CNPS. A atuação do CNPS é então analisada a partir das atas de suas assembleias, disponibilizadas no site do Ministério da Previdência Social, especialmente no que concerne à transparência e publicidade de sua atuação; representatividade dos conselheiros; competências e atribuições. Por fim, a conclusão sobre a efetividade do Estado Democrático de Direito no contexto concreto e específico da atuação do CNPS, destacando-se que se espera que o funcione como a “caixa de ressonância” da sociedade, ou seja, ainda que sem atribuições gestoras concretas e específicas, possibilite que os grupos sociais com interesses previdenciários concorrentes tenham um espaço para que seus conflitos possam aflorar e ser equacionados, contribuindo-se para o permanente processo de pacificação social.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Participação Popular. Conselhos. Previdência Social.

ABSTRACT: The purpose of the present paper is to demonstrate the capabilities and limits of the Social Welfare Council (CNPS) in materializing the Democratic Rule of Law. To this end, the concept of Democratic Rule of Law as a legal paradigm is developed, and the boards of managers, among them the CNPS, are presented as institutionalized arenas that make it possible for the various segments of society to directly participate in managing public policies. The activity of the CNPS is then examined based on the minutes of its meetings - available at the Ministry of Social Welfare website -, in particular concerning the transparency and publicity of its actions, the representativeness of its members, and its jurisdiction and attributions. Finally, it discusses the effectiveness of the Democratic Rule of Law in the actual, specific context of CNPS actions, highlighting that it is expected to act as a “resonance box” of society, that is, even though it does not have tangible and specific managing attributions, the CNPS is expected to enable social groups with diverging welfare interests to have room to let their conflicts arise and be solved, thus contributing towards an ongoing social pacification process.

KEYWORDS: Democracy. Popular Participation. Councils. Social Security.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO PARADIGMA JURÍDICO

As sociedades contemporâneas pautadas pela prevalência das decisões da maioria de seus cidadãos (democracias) vivem um processo de paulatina e constante afirmação de seu pluralismo, o que gera um paradoxo: ao mesmo tempo em que cada pessoa tem liberdade para expressar seu subjetivismo – próprio ou do grupo a que pertence – é preciso que se garanta o convívio pacífico entre estes grupos, com o respeito aos direitos fundamentais mesmo dos grupos minoritários.

Diversas propostas teóricas vêm sendo formuladas para superação desse paradoxo, ou ao menos para sua diluição, sempre passando pela imprescindibilidade da participação popular, e uma participação efetiva, que reflita o pluralismo, para garantia da legitimidade da solução encontrada.

Menelick de Carvalho Netto destaca que no Estado Moderno, há a:

exigência de uma legitimidade fundada na autodoação do próprio Direito, ou seja, é o requisito de que as pessoas se sintam co-autoras das normas que as regem”, o que está em tensão com o fato de que o Direito é, afinal, “imposto de cima para baixo, por um aparato estatal¹.

É justamente essa tensão a fonte da:

dinâmica e vitalidade da democracia, uma democracia capaz de permanente inclusão, ou seja, de reconhecer a exclusão quando tematizada, de realizar permanentemente a revisão do próprio conceito de povo, que há de ser sempre fragmentado e fragmentário e em constante tensão.²

O certo é que a solução técnica, chancelada por uma maioria puramente formal, ou seja, baseada em leis que buscam sistematizar com uma suposta isenção cada detalhe da vida em sociedade, formalmente aprovadas pelo poder legislativo, fundamento do pensamento positivista, mostrou-se, a partir do exemplo dos estados totalitários do século XX, insuficiente tanto para conter atrocidades contra minorias, como para efetivamente fomentar a paz social entre grupos divergentes.

1 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2009. p. 8. Texto base do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Público. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/9/Biblioteca/Textos-base/1_-_Texto-base_1.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2008.

2 Ibid. p. 10

O saber não está mais alocado no pensamento abstrato do sujeito cognoscente, mas sim na vitalidade da relação entre os sujeitos, que apreendem o mundo a partir de referências históricas e culturais próprias, partilhando-o através da linguagem.

Assim é que HABERMAS, partindo da premissa de que *“nosso contato com o mundo é mediado pela linguagem”*³, constrói sua teoria da ação comunicativa, e a partir dela a configuração do Estado Democrático de Direito como um novo paradigma para elaboração e aplicação do direito.

HABERMAS parte da constatação de que o estado moderno é fruto de uma sociedade que não se reconhece como um todo uniforme, mas sim constituída por grupos heterogêneos, que não precisam necessariamente partilhar dos mesmos valores. A organização da sociedade se alia a um respeito à liberdade individual pois *“um acordo sobre normas [...] não depende da estima mútua de performances culturais e estilos de vida culturais, mas apenas da suposição de que toda pessoa, enquanto pessoa, tem o mesmo valor.”*⁴

De um lado, pois:

a própria compreensão contemporânea de democracia [...] rejeita a integração ética homogênea como requisito de validade [...] o compartilhamento de valores e a identidade de formas de vida não são suficientes para o asseguramento da coesão social. ‘O que é bom para nós’ torna-se, cada vez mais, uma questão no mínimo polêmica. Não mais parece plausível, e sequer desejável, conceber as noções de vida boa como socialmente homogêneas.⁵

De outro:

uma comunidade não pode se fragmentar na multiplicidade de suas subculturas, e penso que isso só pode ser permitido sob a condição de que todos os cidadãos possam se reconhecer numa única cultura política que transcenda as fronteiras de suas diversas subculturas. Para tanto, é preciso que a cultura política seja pelo menos um pouco separada das diversas subculturas.⁶

3 op. cit., p. 53

4 Citado por SCOTTI, Guilherme. *Razão prática, Moral e Direito – uma leitura contemporânea*. Brasília-DF: CEAD/UnB, 2009. Texto base do curso de pós-graduação latu sensu em Direito Público. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/1_-_Textos_base/Texto_base_3.pdf>. acesso em: 10 dez. 2008. p. 02

5 SCOTTI, op. cit., p. 09

6 HABERMAS, 2007, p. 36/37

Faz-se necessária, assim, a abertura de um “*fluxo comunicativo*”⁷ que possibilite a essa sociedade fragmentária a fixação das normas que vão reger sua vida comum.

Esse fluxo, no âmbito do Estado Democrático de Direito, pressupõe que, afastada a possibilidade de um grupo impor a outro seus valores éticos, cada um reconheça que a comunidade é formada por cidadãos que, embora não compartilhem valores, são livres e iguais numa mesma medida, sendo necessário, ao mesmo tempo, o constante balizamento de suas próprias posições pela possibilidade de admiti-la também para os outros (eticidade reflexiva).

Em complemento, essa “cultura política” referida por HABERMAS, cuja homogeneidade se contrapõe à heterogeneidade característica do pluralismo, é constituída precipuamente pela plena aceitabilidade dos procedimentos da formação democrática da opinião e da vontade.

Assim,

[...] a interpretação republicana adquire outro sentido, procedimentalista, quando a expectativa racional de uma formação democrática da opinião e da vontade, que se limita a si mesma, se transporta das fontes de um consenso já existente sobre valores para as formas características do processo democrático... Por esse caminho, a constituição adquire um sentido procedimental capaz de instituir formas de comunicação que cuidam para que haja um uso público da razão e uma compensação eqüitativa de interesses, levando em conta a respectiva necessidade de regulamentação e os contextos específicos.⁸

Importante que se ressalte que a democracia vai se realizando num processo constante de comunicação entre os cidadãos, ou seus representantes, não só dentro das estruturas institucionalizadas de poder, mas a partir de quaisquer experiências coletivas realizadas no âmbito da sociedade civil.

É nesse sentido, pois, que se concebe o Estado Democrático de Direito como um paradigma jurídico. Sua expressa afirmação na Constituição Federal de 1988 implica na imediata assunção de todas as idéias expostas acima – eticidade reflexiva, respeito ao pluralismo,

7 CARVALHO NETTO, *Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da Constituição*. Brasília – DF: CEAD/UnB, 2009. Texto base do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Público. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/1_-_Textos_base/Texto_base_6.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2008, p. 01

8 HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 161

participação popular e visão da sociedade brasileira como um conjunto de cidadãos igualmente livres – como vetores de interpretação de todo o quadro normativo, formando o “pano-de-fundo de suporte a ‘teorias jurídicas’ capazes de reconstruir o ordenamento jurídico, sistematicamente estruturado em princípios”.⁹

A partir de tais considerações, ou seja, dentro da atual conformação do Estado Democrático de Direito, com a preocupação de aferir precipuamente a efetividade de sua atuação, mais do que a legitimidade de seus componentes, é que se procederá a uma apreciação das atividades desenvolvidas no âmbito do Conselho Nacional de Previdência Social.

2 CONSELHOS GESTORES COMO EXPRESSÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em consonância com a formulação teórica exposta acima, pode-se efetivamente observar uma paulatina estruturação institucional de arenas que possibilitem a participação direta dos diversos segmentos da sociedade na condução das políticas públicas.

Estas “arenas institucionais” se formam dentro de um amplo quadro de reivindicações, fruto da atuação dos diversos segmentos sociais (pluralismo) que vão muito além da participação tradicional através de partidos políticos. Para compreensão desse contexto, esclarece¹⁰:

A participação envolve também lutas pela divisão das responsabilidades dentro do governo. Essas lutas possuem várias frentes, tais como a constituição de uma linguagem democrática não-excludente nos espaços participativos criados ou existentes, o acesso dos cidadãos a todo tipo de informação que lhe diga respeito e o estímulo à criação e desenvolvimento de meios democráticos de comunicações.

Portanto, em conjunto com as demais formas de concretização do Estado Democrático de Direito, surgem, no Brasil, como uma das “arenas institucionais” de participação, os conselhos gestores. Ainda Maria da Glória Gohn:

9 SCOTTI, Guilherme. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*. Brasília-DF: CEAD/UnB, 2009. Texto base do curso de pós-graduação *latu sensu* em Direito Público. Disponível em: http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/1_-_Textos_base/Texto_base_4.pdf; acesso em 16/12/2008. p. 10.

10 GOHN, Maria da Glória. *Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 19

Os conselhos gestores foram a grande novidade nas políticas públicas ao longo dos anos. Com caráter interinstitucional, eles têm o papel de instrumento mediador na relação sociedade/Estado e estão inscritos na Constituição de 1988, e em outras leis do país, na qualidade de instrumentos de expressão, representação e participação da população.

[...]

As novas estruturas inserem-se na esfera pública e, por força de lei, integram-se com os órgãos públicos vinculados ao poder Executivo, voltados para políticas públicas específicas, responsáveis pela assessoria e suporte ao funcionamento das áreas onde atuam.

são novos instrumentos de expressão, representação e participação; em tese, eles são dotados de potencial de transformação política. Se efetivamente representativos, poderão imprimir um novo formato às políticas sociais, pois se relacionam ao processo de formação das políticas e tomadas de decisão.¹¹

O caráter peculiar dos conselhos gestores advém desta proposta de junção, num mesmo órgão, de técnicos pertencentes à burocracia estatal, e de cidadãos que representam determinadas porções da sociedade que têm uma significativa proximidade com o aspecto da gestão estatal em que pretende aquele conselho interferir. Daí sua definição como *“instituições híbridas nas quais têm participação atores do Executivo e atores da sociedade civil relacionadas com a área temática na qual o conselho atua”*.¹²

3 PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CONDUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM GERAL, NA SEGURIDADE SOCIAL E NA PREVIDÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL

Como se afirmou, o Estado Democrático de Direito foi expressamente assumido como modelo de formação do estado brasileiro a partir de 1988, já no *caput* do primeiro artigo de nossa Constituição.

A partir daí, ao lado dos dispositivos que regulam a participação popular indireta, através do poder legislativo, na formulação das regras gerais e abstratas que normatizarão as relações entre os cidadãos do

11 op. cit., p. 83- 85

12 AVRITZER, Leonardo. Sociedade Civil e participação no Brasil democrático in *Experiências nacionais de participação social*. São Paulo: Cortez Editora, 2009. p. 34.

país, a participação popular é prestigiada de forma específica nos mais diversos aspectos da vida moderna. Lembra LEONARDO AVRITZER que *“a Constituição Federal consagrou o princípio da participação em algumas políticas públicas, tais como saúde, assistência social, políticas urbanas e meio ambiente, mesmo que ela não tenha instituída a forma conselho.”*¹³

O caráter democrático e descentralizado da administração da *seguridade social* vem formulado no inciso VII ao parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal, e no âmbito específico da *previdência social*, está previsto no artigo 2º da lei 8.212/91:

E nem poderia ser diferente, dada a natureza inerentemente conflitiva da previdência social pública do Brasil, fundada num “pacto entre gerações”: os trabalhadores na ativa financiando o pagamento das prestações previdenciárias dos que estão afastados, num sistema de repartição simples. Como ensinam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

[...] no sistema de repartição, as contribuições sociais vertem para um fundo único, do qual saem os recursos para a concessão de benefícios a qualquer beneficiário que atenda aos requisitos previstos na norma previdenciária. ... Como saliente Feijó Coimbra, este modelo repousa no ideal de solidariedade, no pacto entre gerações – já que cabe à atual geração de trabalhadores em atividade pagar as contribuições que garantem os benefícios dos atuais inativos, e assim sucessivamente, no passar dos tempos, idéia lançada no Plano Beveridge inglês, e que até hoje norteia a maior parte dos sistemas previdenciários no mundo.¹⁴

Portanto, o potencial conflitivo na formulação das políticas previdenciárias é bastante significativo, na medida em que é preciso se encontrar, continuamente, um equilíbrio entre os benefícios concedidos e contribuições arrecadadas, sendo que beneficiários e contribuintes não são, num dado momento histórico, os mesmos indivíduos.

Os problemas, portanto, são muitos:

Agrava a situação previdenciário o impacto de transição democrática com a elevação da expectativa de vida da população e seu crescente envelhecimento, o que vem afetando negativamente a relação contribuinte/aposentado no sistema; os déficits financeiros e

13 AVRITZER, op. cit., p. 42.

14 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 47.

a debilidade atuarial dos sistemas previdenciários baseados no princípio da repartição simples devido especialmente a distorções de gerenciamento e uso indevido dos recursos e as alterações estruturais nos mercados de trabalho com a redução crescente das taxas de formalização dos empregos.¹⁵

A efetiva participação dos grupos sociais na gestão previdenciária, assumindo uma responsabilidade no equacionamento dos problemas que se avolumam e cuja solução implica em sacrifício para cada segmento envolvido, mostra-se uma via muito mais justa e socialmente eficaz do que soluções técnicas apresentadas pela burocracia supostamente mais respaldada por conhecimento formal, mas carecedora de compreensão do impacto social das medidas adotadas.

4 O CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

O Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS – aparece junto a outros 26 conselhos de aspecto nacional catalogados pela doutrina¹⁶. É “órgão superior de deliberação colegiada” e “tem como finalidade deliberar sobre a política de Previdência Social e sobre a gestão do sistema previdenciário”, conforme consta do artigo primeiro de seu Regimento Interno.

As deliberações são tomadas pelo Plenário através de reuniões mensais; as atas destas Assembléias estão disponibilizadas na internet, e é a partir da análise de seu conteúdo que se busca aferir o grau de efetividade de sua atuação no Estado brasileiro.

4.1 ASSEMBLÉIAS. ATAS. FORMALIZAÇÃO. TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE

Foi analisado o teor das 51 atas das assembléias disponibilizadas no *site* do Ministério da Previdência Social, referentes ao período 09 de março de 2005 a 30 de setembro de 2009.

O presente trabalho encontra uma indiscutível limitação decorrente da circunstância de que a apreciação das reuniões é mediada pela transcrição das exposições e debates orais. A degravação não é literal, procurando abranger somente a essência do que foi falado. Para exemplificar o grau de interferência da qualidade da degravação na apreensão do teor

15 SILVA, 1999, apud NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Assimetrias e tendências da Seguridade Social brasileira. *Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 65, p. 95-123, 2001. p.106

16 GOHN citando DRAIBE (1998), op. cit., p.. 85.

da assembléia, compare-se a ata da 129ª reunião, cuja leitura flui com facilidade, com a da 130ª reunião, que às vezes é ininteligível:

[...]

O Sr. Valter continuou a apresentação dizendo que em alguns anos pessoas que eu me lembro, de 1989 até 2006 nós tivemos 11 PND's. Onze são os anos. Então nós temos basicamente 18 anos e só 11. O Sr. Valter disse que então teve alguns lapsos de anos que não houve PND.

[...]

Entretanto, este grave problema apareceu somente em algumas transcrições; em geral as informações trazidas eram perfeitamente compreensíveis.

Outro indicativo de que há um inevitável descompasso entre o teor dos debates e a forma escrita está no fato de que, algumas vezes, alguns conselheiros assinam o termo com ressalvas (vide ata da 149ª Reunião referente à ata da reunião anterior).

Por outro lado, a forma de apresentação destas atas – escrita linear, sem parágrafos e sem qualquer separação visual entre as falas dos expositores e conselheiros – não facilita sua consulta pelo público em geral, ou seja, dificulta a difusão das discussões travadas durante as assembléias, sendo esta difusão um elemento importante na concretização do estado democrático de direito, e hoje bastante potencializado pela “web”. Permite-se uma quase instantânea divulgação, a todos os segmentos interessados, não só dos problemas e soluções propostos dentro de cada aspecto da administração pública, como dos argumentos racionalmente lançados pelos participantes destas discussões.

Percebeu-se, é verdade, uma melhora na sistematização das atas, se comparadas as do ano de 2005 às aquelas mais recentes, onde já existe, ao menos, uma subdivisão por temas.

Essa formatação poderia ser aprimorada. Além da subdivisão por tópicos, seria recomendável a diferenciação entre exposição e início dos debates, e ainda a elaboração de um índice geral com os assuntos tratados em todas as assembléias, pois há muitas exposições sucintas, numa linguagem compreensível, sobre assuntos que, a despeito de sumamente técnicos, têm um inegável impacto econômico e social. Como exemplo a exposição sobre receitas e despesas da Previdência Social (127ª Reunião). Poderiam ainda ser disponibilizados “links” com os documentos referidos na exposição (gráficos, estatísticas, etc.).

Na página do Conselho na internet, ao lado de *links* para atas, estatuto, resoluções, etc., há somente dois documentos com um nítido caráter educativo: um que traz os fundamentos de uma Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador, outro de autoria da Organização Internacional do Trabalho sobre a proteção social na agenda do trabalhador decente. Tais iniciativas deveriam ser ampliadas.

4.2 OS CONSELHEIROS. REPRESENTATIVIDADE DA SOCIEDADE

O CNPS é constituído por seis representantes do Governo Federal e nove da sociedade civil, sendo três do segmento aposentados/pensionistas; três dos trabalhadores em atividade e três dos empregadores.

Para ilustrar a arena de debates no CNPS, eis a origem dos conselheiros em NOV/2009¹⁷:

- presidência pelo Ministro da Previdência Social
- 6 representantes do Governo Federal: 3 do Ministério da Previdência Social (incluindo o próprio ministro), 1 do INSS (seu presidente), 1 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 1 do Ministério da Fazenda;
- 3 representantes dos aposentados e pensionistas: Sindicato Nacional dos Trabalhadores Aposentados e Pensionistas (SINTAP), Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas (COBAP), Sindicato Nacional dos Aposentados e Pensionistas da Força Sindical;
- 3 representantes dos trabalhadores em atividade: Força Sindical, Central Única dos Trabalhadores (CUT), Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG);
- 3 representantes dos empregadores: Confederação Nacional da Indústria (CNI), Confederação Nacional do Comércio (CNC) e Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA).

Como não poderia deixar de ser, fica nítida a defesa, pelos conselheiros não governamentais, dos interesses da categoria que representam. Mas essa defesa em geral se limita a discursos retóricos

17 160ª Reunião

que não repercutem entre os demais conselheiros, de forma que raras vezes os debates assumem o caráter conflitivo que seria esperado diante do pluralismo que caracteriza a sociedade brasileira.

Assim, os conselheiros ligados aos trabalhadores em atividade demonstram especial atenção aos temas que envolvem a concessão futura de benefícios, como aqueles por incapacidade, que decorrem de contingências sociais não programadas e que atingem inadvertidamente o pessoal da ativa. No decorrer da 116ª Reunião, o novo programa de cessação automática, sem prévia perícia médica, do auxílio-doença, foi duramente combatido por um dos conselheiros ligados aos empregados; de forma semelhante o fator previdenciário, que irá repercutir nas aposentadorias futuras, foi criticado durante a 113ª Reunião pelos representantes dos empregados.

Já os conselheiros ligados aos aposentados se preocupam com o valor e as contingências sofridas pelos benefícios que já são percebidos. Por exemplo, com as condições de pagamento do empréstimo consignado, em geral contratado por quem já não está na ativa (115ª, 116ª, 133ª, 134ª, 137ª, 140ª Reuniões).

E os conselheiros que representam os empregadores interferem mais nas discussões que envolvam aumentos da carga tributária (contribuições previdenciárias).

Por vezes – raras – percebeu-se que a atuação de um conselheiro transcendeu os interesses de sua categoria, mostrando-se participativo nas mais variadas questões. O representante da Confederação Nacional das Instituições Financeiras, Senhor Jorge Higashiro, recebeu “um certificado de agradecimento pela intensa colaboração no CNPS e seriedade com que se relacionou com a Previdência Social no Brasil”¹⁸. A leitura das atas demonstra, mesmo, que as colocações do conselheiro foram sempre muito abrangentes, não só questionando os mais diversos aspectos da gestão previdenciária, mas também prestando esclarecimentos sobre o sistema bancário (pagamento de benefício, formalização dos empréstimos consignados, etc.) aos demais membros do Conselho.

4.3 COMPETÊNCIAS. PAUTA DAS REUNIÕES

As atribuições legais do Conselho estão no artigo 4º da lei 8.213/91 e em diplomas esparsos; destacam-se *três atribuições bastante específicas e concretas*:

18 154ª Reunião

- apreciar e aprovar a proposta orçamentária da Previdência Social (artigo 4º, IV da lei 8.213/91);
- fixar os valores que determinam as competências para formalização de desistência ou transigência judicial (artigo 4º, VIII da lei 8.213/91);
- aprovar metodologia para alteração da alíquota da contribuição para financiamento dos benefícios de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, através da apuração de desempenho efetivo da empresa na proteção da saúde de seu trabalhador (artigo 10º da lei 10.666/2003).

A proposta orçamentária foi abordada em diversas reuniões (114, 134, 144, 145, 146, 147). Os dois outros pontos, somente uma vez cada (149 e 154).

As demais atribuições são bastante genéricas, refletindo-se na pauta das reuniões, que em geral é fixada pelo pessoal da área técnica, ainda que haja eventuais solicitações dos conselheiros da sociedade para que seja abordado determinado assunto (*vide* solicitação durante a 152º Reunião por exposição sobre a perícia médica previdenciária, atendida na 156º Reunião).

São essas atribuições mais genéricas que ocupam a maior parte das reuniões. Acompanhando, grosso modo, a classificação proposta pelo legislador nas alíneas I, II, III e V ao artigo 4º da lei 8.213/91, destacam-se, abaixo, alguns assuntos concretos tratados durante as Assembléias, inicialmente abordados por conselheiro ou convidado da área governamental, seguidos ou não de apartes dos demais conselheiros. Entre parênteses a identificação da Assembléia em que o assunto foi abordado.

- *estabelecer diretrizes e apreciar decisões políticas*

Momentos em que são apresentadas as grandes linhas de políticas públicas para a previdência social no Brasil, principais problemas e propostas para sua solução. Destacam-se as discussões sobre a desoneração da folha de pagamentos e reforma tributária (142 e 143), a respeito da previdência rural (117, 135, 157, 158), expansão da cobertura previdenciária (141, 143, 144, 145, 147, 149), demografia e previdência (131, 148), e por fim saúde do trabalhador e prevenção a acidentes do trabalho (147).

A exposição sobre previdência rural apresentou muitos aspectos controversos e não solucionados do segurado rural: a forma de financiamento de seus benefícios, que não pode ser uma contribuição individualizada como ocorre no meio urbano; definição e limites

do conceito de segurado especial, que tem um tratamento legal privilegiado, justamente porque sua contribuição é eventual, em função da produção: tamanho de sua propriedade, possibilidade de ajuda eventual de terceiros remunerados; proteção ao assalariado informal que, ao contrário do segurado especial, não conta com proteção previdenciária; cadastramento de todos os componentes do grupo familiar do segurado especial no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), possibilitando que a proteção previdenciária chegue até eles de forma eficiente. Essa foi uma típica exposição de caráter altamente didático, que deveria repercutir na sociedade para que todos tenhamos ao menos uma idéia da dificuldade em se elaborar concretamente uma previdência economicamente viável e que alcance todas as categorias economicamente ativas de nossa sociedade.

Também emblemático que no decorrer desta discussão tenha havido uma clara discordância entre os conselheiros representantes dos segmentos diretamente envolvidos: empregados rurais (CONTAG) e empregadores rurais (CNA).

De qualquer forma, foi aprovada Resolução para aperfeiçoamento da legislação previdenciária aplicada aos trabalhadores rurais, definindo com mais clareza e objetividade os requisitos para enquadramento e manutenção de condição de segurado especial, recomendando urgência na formalização e encaminhamento ao Congresso Nacional do respectivo projeto de lei que as contemple.

Outra pauta significativa foi a que envolveu a formulação de meios para expansão da cobertura previdenciária, havendo o convite para que as diversas entidades representadas no CNPS fornecessem sua visão sobre a questão. Esta foi uma das únicas ocasiões em que as entidades representadas foram formalmente chamadas a participar ativamente na formulação de políticas públicas, indo além da mera emissão de opinião, através do conselheiro de plantão.

As preocupações com a demografia e alteração da dinâmica da população brasileira, também são constantes, já que o impacto sobre o futuro da previdência é incontestável; há exposições mais genéricas sobre censo, como exposição sobre a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) e esclarecimentos sobre pesquisas específicas, como o papel da mulher no mercado de trabalho.

Por fim, a concretização de medidas concernentes a ações integradas visando o bem-estar do segurado em seu ambiente de trabalho e sua reintegração profissional, sem deixar de considerar a sustentabilidade da Previdência. Essa é uma discussão bastante delicada, já que passa pela garantia de um meio ambiente laboral

adequado, o que tem uma pertinência somente indireta com a Previdência, e que exige que se premie a empresa que o valoriza e penalize aquela que não se preocupa com a questão. Daí, inclusive, a competência do Conselho na fixação da metodologia de alteração da alíquota de financiamento dos benefícios por incapacidade, prevista pela lei 10.666/2003. Aliás, a concessão de benefícios por incapacidade se caracterizou como uma verdadeira explosão durante o ano de 2007 (131), o que exige a intervenção do Estado na averiguação de suas causas, bem como na atenuação de seus efeitos, e tudo isso foi colocado aos conselheiros.

- participar, acompanhar e avaliar a gestão previdenciária

São diversas as palestras destinadas a apresentar aos Conselheiros a atuação da administração nas áreas de interesse da previdência social. Podem-se apontar, a título de exemplo, esclarecimentos sobre a cobrança da dívida dos financiadores da Previdência (109, 113) e a criação da Receita Federal do Brasil (129); possibilidades e limites do crédito consignado aos aposentados (115, 116, 133, 134, 137, 140, 146, 151, 158); dependência tecnológica da empresa responsável pelo processamentos dos dados eletrônicos da Previdência, a DATAPREV, da empresa prestadora de serviços UNYSIS (129, 138); ações regressivas na área de saúde do trabalhador, visando ressarcir o INSS dos gastos com benefícios por acidente do trabalho, quando há culpa da empresa (133), leilão da folha pagamentos entre os bancos do país, para obter uma contrapartida o mais vantajosa possível das instituições que se privilegiam por fazer circular o dinheiro que é disponibilizado pela Previdência a seus segurados (154) esclarecimentos sobre a educação previdenciária nas escolas (109).

- apreciar e aprovar planos e programas da previdência social

Pode-se destacar a exposição sobre o Programa Melhoria de Atendimento, durante as 108ª e 114ª reuniões, com apresentação do responsável pelo patrimônio do INSS sobre a estruturação e adequação do espaço físico das agências, bem como treinamento de pessoal; planos de ação do INSS (137, 141, 153), planejamento estratégico; balanços de gestão (129, 150).

- acompanhar a aplicação da legislação

Ocasionalmente a aplicação e a alteração da legislação previdenciária compõem a pauta do CNPS. A instituição da alta médica programada (COPES), já referida (117); estruturação do Micro Empreendedor Individual (MEI) com substituição de toda legislação do SIMPLES (157); cadastro segurados especiais no CNIS (152).

5 CONCLUSÃO. O CNPS COMO CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. POSSIBILIDADES E LIMITES

A proposta deste trabalho é analisar a efetividade do Estado Democrático de Direito num contexto concreto e específico: a atuação do Conselho Nacional de Previdência Social.

E o que se apurou no decorrer da leitura das atas não destoa do que se espera das interações humanas, mediadas pela linguagem e seus “ruídos”, com todas as limitações de seus atores, em especial as decorrentes da inexperiência, falta de conhecimento técnico, e também das posições eventualmente divergentes de cada um; mas, por outro lado, com um potencial criativo na resolução dos conflitos que se apresentam.

É assim que as atas analisadas não apontam a repercussão social ou política de nenhuma das resoluções aprovadas pelo CNPS, nem se percebeu, pelo conteúdo de tais resoluções, que pretendessem mesmo um impacto mais significativo. Pretensões mais ambiciosas, nesse aspecto, devem ser buscadas juntamente com os demais conselhos gestores, na medida em que os obstáculos, como a falta de impositividade de suas resoluções, são comuns.

As dificuldades concretas na atuação dos Conselheiros aparecem claramente nas 3 atribuições específicas efetuadas pela legislação (orçamento, valores em litígio, metodologia para alteração da alíquota da contribuição para financiamento de benefício por incapacidade), talvez porque exijam um conhecimento técnico muito profundo, apesar de ser perceptível, em alguns momentos, os esforços do pessoal da área técnica, principalmente daqueles que participam com frequência das Assembléias, em simplificar a forma de exposição. Durante a 154ª Reunião, um Conselheiro da área técnica efetuou esclarecimentos sobre exposição de outro técnico, constando da ata que o fez nos seguintes termos:

[...] De forma simples e com vocabulário simplório elucidou a apresentação anteriormente feita pelo Senhor Remígio Todeschini (MPS) para melhor compreensão dos Conselheiros no momento pouco familiarizados com a matéria. [...]

Há reiteradas reclamações dos Conselheiros pelo fato de que não lhes sobra tempo hábil para apreciar detidamente as propostas orçamentárias (114, 145). Sua aprovação pelo Conselho acaba se configurando tão só como um ornamento burocrático, não se percebendo nenhum espaço para uma efetiva discussão, chegando ao ponto de a aprovação da proposta se efetuar pela via telefônica (144).

De forma semelhante a alteração de valores na fixação das competências para formulação de acordos judiciais ou desistência de ação judicial (149). É imposição legal que os novos valores sejam aprovados pelo CNPS, pois se trata de disponibilização do patrimônio previdenciário; entretanto, o assunto demanda um conhecimento mínimo da hierarquia funcional dentro do INSS, do Ministério da Previdência Social e da Advocacia Geral da União – onde estão hoje alocados os representantes judiciais da previdência – para atribuição das competências, bem como um equacionamento entre custo do processo, flexibilização das normas num caso concreto e riscos de abuso na elaboração de acordos, tudo isso balizado com dificuldade até mesmo por aqueles que vivem a rotina dos processos judiciais previdenciários. Assim, a despeito da evidente justificativa teórica em se atribuir ao Conselho a fixação de tais valores e competências, a dificuldade em se compreender a exata dimensão de tal atribuição acaba transformando a atuação do Conselho numa simples exigência burocrática.

Na mesma tônica a reunião sobre a questão da metodologia de fixação das alíquotas da contribuição financiamento de benefícios decorrentes de riscos ambientais do trabalho (154).

Aliás, percebe-se que a atuação dos conselheiros representantes da sociedade está muito ligada à obtenção de alterações na legislação das quais decorram interesses financeiros imediatos, como majoração do índice de reajuste dos benefícios e fim do fator previdenciário (136 e 142), e em tais momentos os questionamentos dirigidos aos conselheiros da área governamental são bastante duros.

Poucas vezes se observou alguma discórdia entre os conselheiros, mesmo vindo de instituições claramente antagônicas como CONTAG – trabalhadores rurais – e CNA – produtores rurais, o que não deixa de ser frustrante. É como se esses antagonismos ficassem reprimidos, ou não fossem relevantes. Ora, é das argumentações a mediar tais conflitos que são elaboradas as soluções para cada um dos inevitáveis e infundáveis pontos de discórdia entre as categorias sociais envolvidas na Previdência.

Há momentos em que se percebe o potencial de envolvimento dos diversos segmentos da sociedade, ainda que de uma maneira bastante limitada, nas grandes questões que permeiam a Previdência Social no século XXI. Foi o que se observou nas discussões referentes ao benefício previdenciário na área rural, travadas durante a 117ª Assembléia.

Como se vê, há ainda muito o que se construir, a começar pelo efetivo exercício da cidadania por todos nós, incorporando-se a participação na gestão da coisa pública tanto como direito como dever. Ainda na lição de MARIA DA GLORIA GOHN, citando ROUSSEAU:

[...] a principal função da participação deve ser o caráter educativo que exerce sobre as pessoas. Isso porque “a participação pode aumentar o valor da liberdade para o indivíduo, capacitando-o a ser (e permanecer) seu próprio senhor”¹⁹.

Não se pode desconsiderar que a história do CNPS é muito curta, o modelo de participação popular na previdência ainda está sendo construído e se ressentido da falta de uma cultura social de estímulo à participação da sociedade na elaboração de políticas públicas. Como ressalta a mesma professora,

o exercício da democracia, em nome da cidadania de todos, é um processo, não uma engenharia de regras. Como tal, ele demanda tempo, é construído por etapas de aproximações sucessivas, em que o erro é (ou deveria ser) tão pedagógico quanto o acerto.²⁰

De todo o exposto, o que se percebe é que as competências mais concretas atribuídas pela lei ao CNPS pouco colaboram para a efetivação do Estado Democrático de Direito, na medida em que é em tais momentos que as dificuldades técnicas dos conselheiros ficam mais evidentes, configurando-se, tais atribuições, como uma chancela burocrática a procedimentos muito complexos, e que encontram sua legitimidade em outro local: no Congresso Nacional (no caso do orçamento), ou nas equipes técnicas que ainda podem balizar melhor os custos e ganhos, tanto na finalização prematura de demandas judiciais (no caso dos acordos judiciais), como na fixação das alíquotas de contribuição para financiamento dos benefícios por incapacidade laboral. A participação popular não é a solução para todos os problemas de uma democracia.

O que se espera, assim, é que o CNPS funcione mais e melhor como a “caixa de ressonância” da sociedade, ou seja, ainda que sem atribuições gestoras concretas e específicas, possibilite que os grupos sociais que têm interesses previdenciários concorrentes tenham um espaço para que seus conflitos possam aflorar e ser equacionados, contribuindo-se para o permanente processo de pacificação social. É quando se apresenta como esse espaço de diálogo, discussão e composição que o CNPS efetivamente colabora na vivência de nosso Estado Democrático de Direito.

19 GOHN, Maria da Glória. *Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

20 Ob. cit., p.82

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Cícero. República, participação e democracia. In AVRITZER, Leonardo (org.). *Experiências nacionais de participação social*. São Paulo: Cortez, 2009.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade Civil e participação no Brasil democrático in *Experiências nacionais de participação social*. São Paulo: Cortez, 2009.

BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2009. Texto base do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Público. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/9/Biblioteca/Textos-base/1_-_Texto-base_1.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2008.

_____. *Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da Constituição*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2009. Texto base do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Público. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/1_-_Textos_base/Texto_base_6.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (CNPS). Atas das reuniões ordinárias realizadas entre 09 de março de 2005 e 30 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=487>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (CNPS). Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=487>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada. Entre Naturalismo e Religião*: Estudos Filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

GOHN, Maria da Glória. *Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Assimetrias e tendências da Seguridade Social brasileira. *Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 65, p. 95-123, 2001.

ROSENFEL, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito - *Caderno Esc. Legisl*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 49, jan/jun 2004.

SCOTTI, Guilherme. Razão prática, *Moral e Direito – uma leitura contemporânea*. Brasília-DF: CEAD/UnB, 2009. Texto base do curso de pós-graduação latu sensu em Direito Público. Disponível em: http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/1_-_Textos_base/Texto_base_3.pdf>. acesso em: 10 dez. 2008.

_____. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*. Brasília-DF: CEAD/UnB, 2009. Texto base do curso de pós-graduação latu sensu em Direito Público. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/1_-_Textos_base/Texto_base_4.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2008.

O CONTROLE SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA EFICÁCIA DO PLANO DIRETOR. O EXERCÍCIO POPULAR. UMA VISÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA E DAS MEDIDAS DE SALVAGUARDA

THE SOCIAL CONTROL IN PUBLIC ADMINISTRATION FOR EFFECTIVENESS OF PLANNING DIRECTOR. THE POPULAR EXERCISE. A VIEW FROM THE SYMBOLIC CONSTITUTION AND PROTECTIVE MEASURE

Frederico Garcia Guimarães

Mestrando do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisador do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas – Grupo de Trabalho: Função Social da Propriedade – NUJUP, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas

Maria Eliza Lemos Schueller Pereira da Silva

Pesquisadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas – Grupo de Trabalho: Função Social da Propriedade – NUJUP, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas

SUMÁRIO: Introdução; 1 A participação social na previsão constitucional; 2 A participação social no Estatuto da cidade; 3 A participação social como mecanismo de legitimidade – Teoria dialógica de Habermas; 4 A legislação simbólica e Constituição Simbólica – Marcelo Neves; 5 As

medidas de salvaguarda – José Celso Bandeira de Melo: 6
As medidas de salvaguarda no Direito Estrangeiro; 7 O
exemplo a ser seguido das medidas de salvaguarda para
garantia da participação social prevista nos instrumentos
Constitucional e Legal ordinário; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Constituição da República de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito, estabelecendo como um de seus princípios norteadores a participação popular (art. 1º, parágrafo único) e a busca da função social da cidade (art. 182).

O exercício democrático e participativo pleno nos Planos ou Planejamentos urbanos encontra assento no Estatuto das Cidades.

O que se verificar, no entanto, é uma distorção entre a formulação de um novo planejamento urbano e o anterior, na busca de vantagens financeiras por parte de alguns proprietários de imóveis.

O trabalho propõe que as *medidas de salva guarda*, já previstas em algumas legislações estrangeiras, sejam introduzidas a fim de possibilitar a autoridade pública, suspender a outorga de licença para construir ou urbanificar quando os pedidos estiverem em contraste com o Plano em preparo, salvaguardando o interesse público ameaçado.

Através de uma análise principiológica e normativa, busca-se a aplicação desse modelo, ou mesmo da construção de uma norma com conteúdo correlato ou similar, buscando-se assegurar a eficácia da norma para que não seja meramente *simbólica*.

E pretende-se demonstrar que este instituto tem sustentação legal no direito pátrio, diante das previsões contidas no Constituição da República e no Estatuto das Cidades.

PALAVRAS-CHAVE: Participação Social. Constituição. Medidas de Salvaguarda. Estatuto das Cidades. Legislação Simbólica.

ABSTRACT: The 1998 Constitution devoted the Democratic Rule-of-Law State, establishing the participation of the population as one of its guiding principles (art. 1, sole paragraph) and the search of the social role of the city (art. 182).

The complete exercise of democracy and participation in the Urban Planning finds itself inserted in the Statute of the City.

However, it is provided that there is a distortion between the creation of a new urban plan and, the previous one is seeking for financial advantage through the hands of estate owners.

This work proposes that the protective measures, already featured in some foreign legislations, to be introduced aiming to enable the public authority to suspend the granting of a license to build or urbanise when the requests are in contrast with the current Plan, protecting the interest of the public under threat. Through an analysis of principles and rules, it is expected the application of this model, or even the creation of rules with similar content, attempting to ensure their efficiency and not being merely symbolic. Also it intends to demonstrate that this institute has legal foundation in the laws of the nation, based in the predictions contained in the Constitution and in the Statute of the City.

KEYWORDS: Social Participation. Constitution. Protective Measures. Statute of the City. Symbolic Legislation.

INTRODUÇÃO

A participação popular, pelos sujeitos de direito, na melhor definição de Habermas¹, tornou-se condição para a existência do Estado Democrático de Direito. Para Fabiana Menezes Soares (1997, p. 237)² a evolução histórica dos valores de igualdade e liberdade, matrizes de todos os direitos fundamentais e dos maiores valores do gênero humano, acarreta acréscimo de uma participação popular mais efetiva no Estado. Esta participação se dá tanto na criação de normas, quanto no controle das competências conferidas por lei.

A previsão constitucional é garantia principiológica insculpida no parágrafo único do art. 1^o³. Também, especificamente, na busca da função social da sociedade e a garantia do bem-estar dos seus habitantes⁴, impõe-se a participação popular. Ainda, esta tem expressa previsão no inciso II, do art. 2^o, da Lei 10.274/2000, quando dispõe sobre as diretrizes da política urbana⁵.

1 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I e II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003;

2 SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação - Cidadania, Direito, Estado e Município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997;

3 Art. 1^o [...] Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição;

4 Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;

5 Art. 2^o [...] II - gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e

O presente trabalho pretende reafirmar a necessidade da participação popular, como garantia principiológica constitucional e com expressa previsão infraconstitucional, não apenas no que concerne à formulação de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, mas também na garantia de sua execução. Isto partindo do fundamento teórico baseado no discurso igualitário e livre de Habermas.

Firma este trabalho, com o propósito acima, em razão de que no interstício temporal entre a formulação do Plano pela participação social e sua chancela legislativa, que assegura o seu caráter legal de validade e eficiência, incorrem algumas distorções empresariais de natureza imobiliária, na medida em que o novo ordenamento jurídico poderá dispor de uma limitação ou mesmo de proibição de construção, ao contrário da norma legal anterior que será revogada ou parcialmente revogada. Com isso, no proveito desta vacância, poder-se-á executar obras que vão de encontro a uma nova disposição legal, fruto do anseio/vontade social.

Com isso, a nova norma perde a sua eficácia, visto que se torna puramente simbólica, na melhor definição de kinderman⁶, o que reflete também a característica simbólica da própria constituição, que garante o princípio da participação social, especificamente, para ordenar a cidade com sua função social e para o bem estar de todos. Esta leitura passará pelo que Marcelo Neves constatou em sua obra “A Constituição Simbólica”.

Noutro passo, mas no mesmo compasso, o trabalho apresenta a solução legal citada pelo professor José Afonso da Silva⁷ existente na legislação estrangeira diante do problema hipotético/empírico apresentado, qual seja *medidas de salvaguarda*.

Propõe-se, portanto, que havendo um princípio constitucional que assegura a participação popular, que visa à função social da propriedade e o bem-estar de seus habitantes, bem como, a previsão legal desta participação na execução do que foi formulado quando da elaboração do plano, programas e projetos urbanos, a espelho desta normatização estrangeiras, há que se garantir a não intervenção urbana, seja por que ente for, com base numa norma urbana anterior, antes da publicação de uma nova.

projetos de desenvolvimento urbano;

6 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

7 SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2008;

1 A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Invocando novamente Fabiana de Menezes Soares⁸ esclarece, ela, que a Constituição da República, ao delimitar as competências dos membros da Federação, autoriza os Estados e os Municípios a tornarem efetivos os princípios consagrados na Constituição, dentre eles, o princípio participativo – expressão geral do Direito Fundamental da Participação, que realiza a liberdade.

A existência do Estado e o poder a ele conferido, assim o são por advêm unicamente e por autoridade do povo. Portanto, a intervenção direta do povo é legítima e a interpretação constitucional dos direitos deve se pautar por princípios que permitam a efetivação do direito participativo, conforme previsto no parágrafo único, do art 1º, da Constituição da República, como já citado e transcrito alhures.

E esta participação, deve ser livre e igualitária, como se verá mais adiante quando se discorrer brevemente sobre a Teoria Dialógica de Habermas, o que coaduna com SOARES⁹ que deixa claro e de maneira conclusiva que a evolução histórica dos valores de igualdade e liberdade, matrizes de todos os direitos fundamentais e dos maiores valores do gênero humano, acarretou acréscimo de uma participação popular mais efetiva no Estado. Esta participação se dá tanto na criação de normas, quanto no controle das competências conferidas por lei. E isso, para a autora, se firma mais ainda quando se passa na questão do planejamento urbano.

Acresce-se:

É com base na soberania legiferante do povo, nos direitos fundamentais e no seu exercício que se dá o constante aperfeiçoamento do Direito. Este processo de aperfeiçoamento se revela por meio de regras procedimentais e pela participação popular.¹⁰

O Estado Democrático de Direito se baseia, portanto, na imperiosa participação popular no processo de elaboração das normas, sendo que no caso das Políticas Urbanística, além do princípio constitucional citado, há ainda aquele insculpido no art. 182, já que se busca a função social da propriedade e o bem-estar de seus habitantes.

8 SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação – Cidadania, Direito, Estado e Município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 199.

9 SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação – Cidadania, Direito, Estado e Município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 237.

10 MOREIRA, Luiz. Direito, Procedimento e Racionalidade, In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia*. São Paulo: Landy, 2004. p. 194.

Deve-se lembrar que esta participação tem como fundamento na medida em que um dos vértices da eficácia da norma é justamente a sua efetividade, ou seja, sua eficácia social¹¹, sua assimilação pela coletividade, que passa a manter sua conduta nos ditames do objetivo da lei.

Esta oportunidade assegurada à população em participar verdadeiramente desta procura pela incidência da norma, traz uma distribuição na responsabilidade pela fiscalização da lei e um reforço na sua eficácia: *“A participação social é o que oferece dinamismo à norma.”*¹². E em complementando tal pensamento pode-se dizer que: *“a liberdade associativa dos sujeitos de direito põe o sistema jurídico em andamento, pelo qual todo o aparato prescritivo obtém validade, por tão soberano e indelegável.”*¹³

Deve-se ter em mente que a tendência autocrática da administração pública vem sendo substituída por novos modelos de gestão em que o papel do cidadão passa de mero acólito para colaborador ativo, co-gestor, prestador e fiscalizador¹⁴.

Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 verificou-se o aumento dos sistemas de gestão democrática, mediante a criação de conselhos, comissões, comitês. Reconhecia, portanto, a participação popular, por meio de uma sociedade organizada, na formação de normas e, em especial, de natureza urbanística.

Teríamos, assim, um maior e esmerado cumprimento do direito de todos a um meio urbano equilibrado.

11 Quando de fala em controle social da administração pública, procura-se sugerir a idéia de um controle ao mesmo tempo político e social, a exemplo dos últimos referidos. Não apenas um controle de legalidade, mas principalmente um controle de mérito, de eficácia, de conveniência e de oportunidade do ato administrativo. (CARRION, Eduardo Kroef Machado. Apontamentos de Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997, p. 83/84).

12 ARAÚJO, Marinella Machado; SOARES, Gabriela Mansur; SOUZA, Thaís Louzada de. Governança Participativa de Áreas Públicas: em que Avançamos da Constituição de 1988 ao Estatuto da Cidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO, 2008, V, Manaus. *O Direito Urbanístico nos 20 anos da Constituição da República de 1988 – Balanço e Perspectivas*, São Paulo: Malheiros, 2008.

13 MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 370 a 384.

14 Acreditamos numa ‘Administração Pública Dialógica’, modelo que deve ser considerado como a evolução daquele tradicional descrito pela maioria da doutrina clássica do Direito Administrativo. Devemos evoluir para que a escolha racional de prioridades segundo interesses reconhecidos pelo direito seja feita a partir dos mecanismos de participação da sociedade civil em interação com o Poder Público. ARAÚJO, Marinella Machado; SOARES, Gabriela Mansur; CAMPOS, Henrique Maurício. Gestão Democrática das Cidades: a Constituição de 1988 é Efetiva? In: *Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico*, 2008, V, Manaus. *O Direito Urbanístico nos 20 anos da Constituição da República de 1988 – Balanço e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros 2008. p. 124).

2 A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO ESTATUTO DA CIDADE

Seguindo esta orientação principiológica constitucional, o legislador ordinário, dentro das atribuições e competência editou a Lei 10.274/2001, que trata de normas gerais urbanísticas – o Estatuto da Cidade.

O artigo 2º, II¹⁵ do Estatuto da Cidade fixa esta diretriz indicando a participação da população e de associações representativas da comunidade, na formulação, execução e fiscalização de planos, programas e projetos urbanísticos.

Impõe-se como princípio básico da política urbana o imperativo de se discutir às questões das cidades com os vários setores sociais envolvidos. A efetivação deste direito, respaldado pelo texto da lei, serve de instrumento para a gestão e fiscalização conjunta das ações dos governos.¹⁶

Destaca-se duas das formas de gestão democrática previstas no Estatuto da Cidade: (i) a previsão de criação dos *conselhos municipais, estaduais e nacional de desenvolvimento urbano*. Ampla doutrina¹⁷ defende serem os conselhos uma das melhores formas de organização administrativa adotada para possibilitar a participação dos cidadãos na gestão das políticas públicas, o qual se configura como órgão administrativo colegiado, de caráter deliberativo e/ou consultivo, com representantes da sociedade e do poder público. Como tal, há a previsão contida no inciso I do artigo 43 do Estatuto da Cidade, que prevê que os órgãos colegiados de política urbana, nacional, estadual e municipal, devem ser utilizados para garantir a gestão democrática da cidade; (ii) participação prevista pelo sistema das *audiências e consultas públicas, conforme inciso II, do art. 43*, do Estatuto da Cidade, devem ser promovidas pelo Poder Público para garantir a gestão democrática da cidade e tem como fundamento os

15 Art. 2º....II – *gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano*;

16 É que as decisões políticas, resultantes das opções racionais, são do governo, enquanto as administrativas, perseguidoras da exequibilidade, perseguidoras da exequibilidade, são da governança. É importante separar essas funções, as de comando e as de ação. As funções políticas, de governo, portanto, destinam-se a servir aos interesses de toda a coletividade, e as administrativas, em que se exercitam mecanismos da ciência administrativa, destinam-se ao cumprimento das exigências legítimas e legitimadas pelas funções políticas. (CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 7ª ed. revisada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Dey Rey. 2010, p. 420).

17 Na classificação dos círculos de atuação cidadã sobre as funções administrativas de Eduardo Garcia Enterría e Tomás Ramon-Fernandez, os conselhos fazem parte do ciclo de atuação orgânica, no qual ocorre a inserção dos cidadãos, enquanto tais, em órgãos formalizados de entidades administrativas (Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 8 ed., Vol. I, Madrid, Civitas, 1998, pp. 446-447; e Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 102.);

princípios da publicidade e da participação. As audiências podem ainda ser solicitadas pelos cidadãos e associações representativas.

MOREIRA NETO¹⁸ conceitua audiência pública como um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando a legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que podem conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual.

Quanto aos efeitos das audiências públicas pode-se destacar dois: o primeiro é que, tomando por base o princípio da gestão democrática, agora explicitado no Estatuto da Cidade, as audiências públicas se tornam obrigatórias sobre qualquer matéria no campo das políticas públicas urbanas, sendo condição de validade. O segundo é quanto ao efeito vinculante das decisões tomadas no âmbito das audiências. OLIVEIRA¹⁹, ao tratar dos resultados da audiência pública, ressalta que uma vez constatado que os institutos participativos têm lugar, notadamente, no âmbito da atividade administrativa discricionária, eventual posicionamento da população em sede de audiência pública é um elemento limitador do poder da administração. Destaca, como exemplo, que no Município de São Paulo, conforme preceitua o artigo 159 sua da Lei Orgânica, a realização de audiência pública é vinculante para a aprovação dos projetos ambientais ou na infra-estrutura urbana.

Portanto, verifica-se que no âmbito do Estado Democrático de Direito iniciou-se um movimento ampliativo da utilização de instrumentos de participação popular direta em políticas públicas urbanísticas. Entramos num estágio de passagem do Estado formal ao Estado material, onde a Administração se rendeu à dialogicidade, o que vem resultando em expressiva participação da sociedade civil nas mais diversas áreas, principalmente no que tange ao desenvolvimento urbano.

3 A PARTICIPAÇÃO SOCIAL COMO MECANISMO DE LEGITIMIDADE – TEORIA DIALÓGICA DE HABERMAS

A base teórica para sustentar a participação popular do presente trabalho é a Teoria Discursiva do Direito elaborada por Jürgen Habermas.

Este professor alemão, a partir da sua Teoria Dialógica, estabelece que por meio da comunicação entre aqueles que efetivamente detêm o

18 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito de Participação Política: legislativa, administrativa, *Revista Disc. Jur. Campo Mourão*, v. 4, nº 1, p. 124 – 140, jan./jul. 2008. p. 129.

19 OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. As *audiências públicas e o processo administrativo brasileiro*, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 209, p. 153-167, jul/set-1997, p. 153-167

direito – sujeitos de direito – os quais possuem o meio capaz para a criação de uma normatização – autônoma – que elaborada por eles mesmos tem maior validade, eficácia no próprio meio de sua aplicação.

Com a obra “Factibilidade e validade”, Habermas desenvolve a idéia fundamental de sua teoria da ordem pública constituída como Estado de Direito, a qual não apenas contém e defende manobras de liberdades comunicativas, como também faz valer em seu cerne uma “razão comunicativa”, sem deixar de ver a factibilidade de instituições constituídas como direito público.²⁰

Em razão da sociedade complexa, tanto de seus entes quanto das relações existentes entre eles, faz-se emergir a pretensão crescente de autonomia das esferas de comunicação, em termos de sistemas diferenciados funcionalmente na sociedade moderna. Marcelo Neves aponta esse fenômeno ao citar Luhmann, e, denomina-a em “*multicêntrica*” ou “*policontextual*”. Explicando: “*Isto significa, em primeiro lugar, que a diferença entre sistemas e ambiente desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirma distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica.*”²¹

Desta forma, o direito pré-existente, de um modelo único não tem eco válido no mundo e para os sujeitos do direito, visto que eles não participam de forma autônoma, com a devida liberdade e igualdade do processo normativo:

A Teoria Discursiva do Direito para Habermas assegura assim o exercício pleno da Democracia, já que os agentes de formação normativa – sujeitos do direito – estabelecem o seu próprio regramento, através do processo comunicativo, e dão a devida validade e eficácia ao cumprimento que eles próprios estabeleceram: A idéia de autolegislação de civis exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender também enquanto autores do direito.²²

Para Habermas os sujeitos de direito, protagonistas e autônomos, no exercício da liberdade e igualdade, partem da sua realidade fática

20 FORST, Rainer. “Jürgen Habermas: facticidade e validade”. In: FRANKENBERG, Günther; MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos – Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p. 179-193. p. 180.

21 NEVES, Marcelo. *Transtitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 23.

22 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I e II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 157.

e formulam um diagnóstico. Com isso, elaboram as próprias normas, definindo o *dever-ser*, através de um consenso, *universalizando* as condutas.

O projeto de realização do direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas, não pode ser meramente formal. Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos de direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.²³

No entanto, não se nega o papel institucional – normatizador do Estado Democrático do Direito, sendo que ele traz no comando legal justamente a conduta imposta pela autonomia, livre e igualitária, dos sujeitos de direito, como uma ao mesmo tempo, autônoma e heterônoma. Autônoma, pois criação e reflexo da vontade livre que dá a si mesma as próprias leis, e heterônoma, por reconhecer, na normatividade proveniente de uma estrutura estatal, a legitimidade necessária para prescrever condutas, sendo o Estado a projeção da vontade associativa e, como tal, a instituição por excelência da liberdade.²⁴

É através dessa ação que é possível combater o dogmatismo, a dominação social e qualquer forma de coação interna ou externa imposta aos sujeitos falantes e agentes.

4 A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA – MARCELO NEVES

A participação social, através dos sujeitos de direito, promovem o seu próprio regramento, com a chancela Estatal posterior, buscando uma maior eficácia da norma.

Não ocorrendo tal fenômeno participativo, visto que a norma poderá não eficaz, o que se observa é uma legislação puramente simbólica, como bem destacou Marcelo Neves em sua obra *Constituição Simbólica*.

23 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I e II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 189/190.

24 MOREIRA, Luiz. Direito, Procedimento e Racionalidade, In: MOREIRA, Luiz (Org.), *Com Habermas, contra Habermas*: Direito, Discurso e Democracia. São Paulo: Landy, 2004. p. 194.

Marcelo Neves conceitua, juridicamente a legislação simbólica como: “*produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidade políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico*”.²⁵

Depara-se, assim, com a classificação de Kinderman que toma o autor como base e o mesmo o se faz neste trabalho.

O primeiro modelo de legislação simbólica é quando uma norma se encontra uma prevalência de uma concepção valorativa de uma facção social, sendo que secundária a eficácia normativo jurídica²⁶. Portanto, há o vencedor e o vencido, sendo que o valor daquele se sobrepõe ao valor deste. Assim, este tipo de legislação simbólica vem confirmar um valor social.²⁷

O outro modelo tem como objetivo demonstrar a capacidade de ação do Estado, denomina-se também como legislação-álibi: “*O objetivo da legislação simbólica pode ser também fortificar ‘a confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de modo geral, no Estado’*”²⁸. Visa, assim, a legislação simbólica álibi produzir confiança nos sistema político.

Aponta-se três submodalidades deste tipo: a primeira é no sentido de que são elaboradas “*muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas*”²⁹. Ainda, a legislação-álibi existe “*em face da insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou da emergência de problemas sociais, exige-se do Estado muito freqüentemente uma reação solucionadora imediata*”³⁰. A legislação-álibi desta espécie é que mais se apresenta nas normas penais. Por fim, “*a legislação-álibi serve como mecanismo de exposição simbólica das instituições*”³¹.

Há, ainda, por último, a legislação que formula um compromisso entre setores facções sociais em conflito, mas tem apenas uma efeito dilatório para a solução das partes envolvidas:

25 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 30.

26 Neves, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 33.

27 “A legislação simbólica destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses. Constituiria um caso de política simbólica por ‘gestos diferenciados’, os quais ‘apontam para glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade’”. Neves, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 35

28 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

29 Ibidem.

30 Ibidem., p. 37.

31 Ibidem., p. 37.

A legislação simbólica também pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidos por meio de ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transparência da solução do conflito para um futuro indeterminado.³²

Diante destes modelos, o que se verifica é que a legislação simbólica encontra-se despidida de uma real eficácia, ainda que possa ser eficiente³³.

Baseado na Teoria Sistêmica de Luhman, o autor apresenta a Constituição como sendo um conceito baseada interdependência de dois subsistemas: o político e o jurídico³⁴.

Entretanto, aponta que a Constituição se torna simbólica a partir do momento que este equilíbrio entre estes dois subsistemas não existe, sendo que deixa ela de ter uma leitura autopoietica e passa a ser considerada alopoietica. Portanto, há uma sobre posição do subsistema político sobre o jurídico.³⁵

Diante disso, em razão da política e seus interesses³⁶ vislumbra-se um distanciamento da concretização da Constituição no campo social, pois as normas lá estabelecidas não alcançam o seu fim, não há devida normatividade.³⁷

32 NEVES, op. cit., p. 41.

33 "A eficácia diz respeito à realização do 'programa condicional', ou seja, à concretização do vínculo 'se-então' abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal, enquanto a efetividade se refere à implementação do 'programa finalístico' que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo 'meio-fim' que decorre abstratamente do texto legal." NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 48;

34 "Assim sendo, a Constituição serve à interpenetração e interferência de dois sistemas auto-referenciais, o que implica, simultaneamente, relações recíprocas de dependência e independência, que, por sua vez, só se tornam possíveis com base na formação auto-referencial de cada um dos sistemas." NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 66/67;

35 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 148;

36 "Neste sentido, a constitucionalização simbólica também se apresenta como um mecanismo ideológico de encobrimento da falta de autonomia e da ineficiência do sistema político estatal, sobretudo em relação a interesses econômicos particularistas. O direito fica subordinado à política pulverizada, incapaz de generalização consistente e, pois, de autonomia operacional." NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 152;

37 "De acordo com essa abordagem, pode-se afirmar: o texto constitucional só obtém a sua normatividade mediante a inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo, ou melhor, no processo de concretização constitucional." NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 86;

Cria-se, assim, na modernidade periférica³⁸, em que há a diferença entre aqueles para os quais é direcionado a norma constitucional e esta não os alcança, na medida em que há uma diferença entre a Constituição escrita e a Constituição vivida³⁹. Assim, a Constituição simbólica “*desempenha uma função ideológica*”⁴⁰, sendo que isso impede a sua concretude, visto que “*o problema ‘ideológico’ consiste no fato de que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas*”⁴¹.

Cria-se, assim, a figura do excluído, da subintegração⁴², o subcidadão⁴³, que são para os quais as normas penais simbólicas se dirigem, reforçando-se, assim, a ideia de uma Constituição simbólica, já que não alcança e não há a normatividade para tal parcela social.

5 AS MEDIDAS DE SALVAGUARDA – JOSÉ AFONSO DA SILVA

O autor José Afonso da Silva em sua obra *Direito Urbanístico Brasileiro*, discorre sobre os Planos Urbanísticos Municipais⁴⁴ dispondo sobre que um de seus fundamentos é a *sensibilidade*, que consiste no fato de que o plano deve ser sensível às aspirações populares⁴⁵.

Assevera, ainda, sobre na formação do plano, esta participação social é que dá validade ao próprio Plano:

O processo de elaboração dessa lei segue as regras do processo legislativo estabelecido na lei orgânica dos Municípios, mas aqui também se há de garantir a participação da população e das associações representativas dos vários seguimentos da comunidade, como visto acima em relação ao Poder Executivo (Estatuto da Cidade, art. 40, §4º).⁴⁶

38 “A bifurcação no desenvolvimento da sociedade moderna (mundial) resultou para os países periféricos em uma crescente e veloz complexificação social, sem que daí surgissem sistemas sociais capazes de estruturar ou determinar adequadamente a emergente complexidade.” NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 172;

39 “... o texto constitucional includente contrapõe-se uma realidade constitucional excludente do ‘público’, não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional; ou, no mínimo, cabe falar de uma normatividade constitucional restrita, não generalizada nas dimensões temporal, social e material.” NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.94;

40 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 97;

41 *Ibidem*, p. 98.

42 *Ibidem*, p. 173;

43 *Ibidem*, p. 175;

44 SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2008. p. 136.

45 *Ibidem*, p. 110.

46 *Ibidem*, p. 146.

Seguindo o estudo e implicações dos Planos Urbanísticos o autor se depara com a eficácia deste.

Como dito anteriormente na análise da legislação simbólica, que se caracteriza a norma desta forma em razão da falta de sua eficácia, o autor em questão assegura que os Planos Urbanísticos ao dispor sobre diversos aspectos da organização da cidade, deve ter o devido eco no mundo urbano, pois é certo que ele impõe *efeitos desde logo vinculantes para os órgãos públicos e para os particulares, que ficam sujeitos às normas*.⁴⁷

A partir deste ponto o Autor observar concerne ao fato de que antes de entrada em vigor da norma definidora urbanística, que poderá trazer novos parâmetros organizações, de intervenção e construção, entre o formação do plano e sua chancela estatal a partir da aprovação pelo Poder Legislativo competente, poderá os empreendedores poderão praticar atos de construção que seriam proibidos pela nova disposição urbanística, sob a égide de assegurar um direito previsto no antiga lei urbanística e que seria revogada pela nova.

27. A eficácia da lei no plano só opera, evidentemente, a partir de sua entrada em vigor. Problema sério, contudo, pode manifestar-se na pendência da sua elaboração. À vista das alterações que ele promete efetivar na realidade existente, os proprietários, tendo em vista assegurar direitos, podem tentar atuar no sentido contrário ao previsto – o que criará dificuldade para a execução do futuro plano. Entre nós nada há a fazer para salvaguardar o interesse público assim ameaçado, pois, enquanto não aprovado o plano, os particulares estarão exercendo direito reconhecido pela legislação vigente. Diante de tal situação, as legislações da Itália, da França, da Alemanha e mesmo da Espanha introduziram as *medidas de salvaguarda*, que possibilitam à autoridade pública, observados certos requisitos, suspender a outorga da licença para construir ou urbanificar quando reconheça que os pedidos estejam em contraste com o plano em preparo.⁴⁸

Este texto do professor José Celso vem relatar, assim, uma realidade e atentar para que outras ordens jurídicas, estrangeiras, já estabeleceram normas que tentam salvaguardar a nova normatização urbana.

47 SILVA, op. cit., 147.

48 SILVA, op. cit., p. 148.

No entanto, o mesmo texto afirma que a ordem jurídica pátria não tem instrumento legais de salvaguarda do interesse público.

Neste ponto é que, tendo em vista o acima exposto, seja sob o aspecto principiológico e normativo da constituição, seja sob o ponto de vista normativo infraconstitucional e, por fim, sob o ponto de vista da dogmática, debruçamos mais adiante que é possível invocar a normas legais existentes, no alinhamento deste três aspectos para implementar um instituto semelhando ao da *medidas de salvaguarda*, não na proteção do “interesse público”, mas para assegurar o próprio Estado Democrático de Direito.

6 AS MEDIDAS DE SALVAGUARDA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Tendo em vista a referência de José Afonso da Silva, coube fazer a pesquisa referente a legislação estrangeira, sendo que podemos destacar duas, a italiana e a francesa.

Naquela, há uma previsão em Decreto Presidencial que versa sobre princípios e preceitos urbanísticos, sendo que no art. 12 (L), dispõe sobre a medida de salvaguarda⁴⁹.

O entendimento que se pode extrair desta previsão legal italiana é que as medidas de salvaguarda municipal, nos termos do art. 12, parágrafos 3 e 4 do Decreto Presidencial 380/2001, consiste na suspensão de qualquer decisão sobre os pedidos “urbanístico durante um estágio intermediário que é também chamado de “delicado”, visto que está entre dois planos de implementação, pois seria uma norma que será substituída por outra nova que está em processo de elaboração e será legalizado no processo administrativo⁵⁰.

49 DPR 380/2001 12 (L). Presupposti per il rilascio del permesso di costruire (art. 4, comma 1, legge n. 10 del 1977; art. 31, comma 4, legge n. 1150 del 1942; articolo unico legge 3 novembre 1952, n.1902).

1. Il permesso di costruire è rilasciato in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente.

2. Il permesso di costruire è comunque subordinato alla esistenza delle opere di urbanizzazione primaria o alla previsione da parte del comune dell’attuazione delle stesse nel successivo triennio, ovvero all’impegno degli interessati di procedere all’attuazione delle medesime contemporaneamente alla realizzazione dell’intervento oggetto del permesso.

3. In caso di contrasto dell’intervento oggetto della domanda di permesso di costruire con Le previsioni di strumenti urbanistici adottati, è sospesa ogni determinazione in ordine alla domanda. La misura di salvaguardia non ha efficacia decorsi tre anni dalla data di adozione dello strumento urbanistico, ovvero cinque anni nell’ipotesi in cui lo strumento urbanistico sia stato sottoposto all’amministrazione competente all’approvazione entro un anno dalla conclusione della fase di pubblicazione;

50 <<http://www.coffeenews.it/misure-di-salvaguardia-comunali-art-12-commi-3-e-4-del-dpr-n%C2%B0-38001>>

O modelo francês segue o mesmo raciocínio, no entanto, ele se apresenta de forma presente quanto a preservação em sítios históricos, culturais e arqueológicos.

Assim, o chamado *plan de sauvegarde* constituído na França a partir de 2001, preconizava a discussão sobre novos projetos antes mesmo da entrada em vigor do *Plan Local d'Urbanisme (PLU)*, como a finalidade justamente da preservação de um *status quo*⁵¹.

Naquela época tal procedimento tinha justamente a busca a preservação que podemos agora invocar para dar sentido teleológico a participação popular, a vontade dos agentes de direito, na constituição e efetivação de uma nova ordem urbanística que foi gerada tendo em vista os anseios da própria sociedade, na busca do bem-estar de seus habitantes.

7 O EXEMPLO A SER SEGUIDO DAS MEDIDAS DE SALVAGUARDA PARA GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL PREVISTA NOS INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAL E LEGAL ORDINÁRIO

O Estatuto da Cidade impõe a participação da sociedade no planejamento urbano que irá ser sustentáculo para a aprovação do Plano Diretor. Isso tudo em coerência com a própria previsão constitucional consubstanciada no princípio da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, CF/88), no exercício do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Pauta-se a que a verdadeira Democracia há que se ser baseada na ação comunicativa dos sujeitos de direito, de autonomia comunicativa, que hoje têm sua expressão complexa e diversa, exercida de forma livre e igual. É, portanto, o papel do sujeito de direito, que estabelece seu próprio regramento, do que se deve e o que não se deve. Tudo isso devidamente reconhecido pelo Estado, o qual concretiza a normatização de condutas⁵².

Mas esta participação popular não se pode pautar apenas na formulação das normas, mas também na sua execução e fiscalização, sob pena de que este regramento se torne puramente simbólico. E mais, que

51 JACQUOT, Henri e PRIET, François. *Droit de l'urbanisme*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001;

52 No momento em que esta estrutura é instituída, temos formulada a legitimidade do Estado Democrático. Por ser jurídica, a inter-relação entre sujeitos é mediada pela liberdade de associação e pela criação de uma ordenação estatal que prescreve e disciplina condutas. Ao obedecerem às leis estabelecidas por eles próprios, todo o monopólio do poder jurídico concentra-se nos sujeitos de direito. É este poder jurídico que forma o aparato estatal, sendo a norma jurídica, por seu turno, expressão da liberdade e da igualdade dos cidadãos. (MOREIRA, Luiz. Direito, Procedimento e Racionalidade, In: MOREIRA, Luiz (Org.). Com Habermas, contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 194).

este regramento torne o princípio constitucional participativo também puramente simbólico.

No caso de normas urbanísticas a Constituição da República de 1988 assegura a participação direta do povo na construção do Estado Democrático de Direito brasileiro. Já o Estatuto da Cidade impõe a participação da sociedade na elaboração de normas de natureza urbanística. Diante disso, os sujeitos de direito –na melhor definição habermasiana- apoderam-se da sua competência normatizadora, através do exercício da comunicação, livre e igualitária, construindo, desta forma, a democracia participativa. Assegura o inciso II, do art. 2º, da Lei 10.274/2001, que a participação social não se dá apenas no âmbito da formulação do plano, programa ou projeto urbanístico, mas na sua execução e fiscalização. Esta participação “extensiva” tem fundamento axiológico justamente no princípio participativo consagrado pela Constituição da República de 1988.

Como bem destaca CASTRO⁵³, o papel do cidadão é o de gestor do espaço urbano. Gestor é agente, e hoje é agente de transformação, que põe em marcha e em execução os seguintes passos: o aprendizado (cívico, político e social), a convicção (acredita-se e tem-se fé e compromisso), a determinação (a vontade), a ação (atitude positiva afirmativa) e o esforço (busca-se empenho e desempenho de qualidade).

Se, no entanto, entre esta manifestação participativa, que dependerá da chancela do Estado através de sua casa legiferante, há a prática de alguns no sentido de desvirtuar a finalidade que a nova lei urbanística irá reger, quebra-se, de fato, esta participação social, visto que será o povo, de onde emana o poder, exercido de forma comunicativa livre e igualitária, impedido de ver consubstanciado o que havia, por consenso, proposto, e até mesmo impedido de executar e fiscalizar.

Daí, as *medidas de salvaguarda* do direito estrangeiro vêm dar o melhor exemplo de instrumentos legais que impedem o desvirtuamento da própria participação social, visto que cria-se mecanismos e procedimentos legais que barram qualquer ato particular que tem o intuito de se aproveitar de um regramento, ainda que válido, que está prestes a ser modificado, já que a nova norma já foi construída pelos sujeitos de direito.

No entanto, ainda que não tenhamos no ordenamento jurídico pátrio tal instrumento legal de “bloqueio”, os princípios constitucionais ou mesmo infraconstitucionais expostos acima podem ser invocados, justamente para garantir a sua própria efetividade.

53 CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, 7. ed. rev. e atual. p. 434.

8 CONCLUSÃO

A participação popular na construção de um Estado Democrático de Direito é condição para a sua própria existência deste modelo.

A Constituição da República 1988 assegura como um de seus princípios basilares justamente esta participação, impondo-a como norma motriz para o exercício da democracia.

Especificamente no que concerne ao Direito Urbanístico, o art. 182, da Constituição da República assegura a função social da propriedade e o bem-estar dos seus habitantes, sendo que este preceito orientador somente pode ser alcançado justamente tendo em vista esta participação.

Já a legislação ordinária geral – Estatuto da Cidade – assegura esta participação, não só na formação de planos, programas e projetos de natureza urbana, mas também na sua execução e fiscalização.

Partindo destes três prismas legais, a dogmática vem se posicionando justamete neste sentido, como na Teoria Dialógica, que se baseia na participação popular na formação, pelos sujeitos de direito, da norma autônoma que se tornará heterônoma.

Demonstra-se ainda que esta participação tem como fim a própria eficácia da norma, não há tornando meramente simbólica, ou mesmo meramente simbólica as disposições constitucionais que asseguram tal procedimento.

Ainda, diante de um fato empírico, reconhecido pelo mundo fático e mesmo doutrinário, que se resume na possibilidade entre a vacância de um plano urbanístico, criado a partir da participação social, e sua entrada em vigor, alguns particulares podem se aproveitar de tal período e praticar atos que fogem ou vão de encontro aos novos conceitos urbanos. Contra tal ato a legislação estrangeira possui alguns instrumentos legais que são “bloqueio” a tais pretensões, pelas *medidas de salvaguarda*.

O que propomos é na verdade, se espelhando em tais modelos de outros países, invocar os próprios princípios constitucionais e a previsão legal da participação, para evitar tais atos, diante de que a participação popular, ou seja, a própria democracia, somente se solidifica com a execução exata dos novos padrões urbanísticos que foram apresentados pelo povo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marinella Machado; SOARES, Gabriela Mansur; SOUZA, Thaís Louzada de. Governança Participativa de Áreas Públicas: em que Avançamos da Constituição de 1988 ao Estatuto da Cidade. In: Congresso Brasileiro

de Direito Urbanístico, 2008, V, Manaus. *O Direito Urbanístico nos 20 anos da Constituição da República de 1988 – Balanço e Perspectivas*, São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Marinela Machado; SOARES, Gabriela Mansur; CAMPOS, Henrique Maurício. Gestão Democrática das Cidades: a Constituição de 1988 é Efetiva? In: Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico, 2008, V, Manaus. *O Direito Urbanístico nos 20 anos da Constituição da República de 1988 – Balanço e Perspectivas*, São Paulo: Malheiros 2008.

BLANC, Priscila Ferreira. *Plano Direto Urbano & Função Social da Propriedade*. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006. .

BONAVIDES, Paulo. *Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2005.

BRASIL. *Lei no. 11.257 de 10 de julho de 2001*. Ministério da Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 1º maio 2011.

CARRION, Eduardo Kroef Machado. *Apontamentos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: DelRey. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993.

ERENBERG, Jean Jacques. *Função Social da Propriedade Urbana: Municípios sem plano diretor*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008.

FILGUEIRAS, Cristina Almeida Cunha; ANDRADE, Luciana Teixeira. *Capacidades Institucionais de Governos Municipais e Governança Metropolitada*, In.: CASTRO, Erika de, WOJCIECHOWSKI, Maciej John, (Org.). *Inclusão colaboração e governança urbana, perspectiva brasileiras*. Belo Horizonte: PUC MINAS, 2010.

- FERNANDES, Edésio. O desafio dos planos diretores municipais. In: FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânea (coord.). *Direito Urbanístico, Estudos Brasileiros e Internacionais*. Belo Horizonte: DelRey, 2006.
- FREITAG, B & ROUANET. *Habermas*. São Paulo: Ática, 1993.
- FORST, Rainer. “Jürgen Habermas: facticidade e validade”. In: FRANKENBERG, Günther; MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos – Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- GUSTIN, Miracy B. S. e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 2 ed. ampl e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I e II; tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. Soberania Popular como Procedimento. Um conceito normativo de espaço público. Tradução Márcio Suziki. In *Novos Estudos*, n. 38, mar. 1990.
- JACQUOT, Henri e PRIET, François. *Droit de l’urbanisme*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001;
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo *et al.* São Paulo: Malheiros, 1995.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MOREIRA, Luiz. *in Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.
- MOREIRA, Luiz. Direito, Procedimento e Racionalidade, In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia*. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- MOREIRA, Luiz. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de Participação Política: legislativa, administrativa*, Rev. Disc. Jur. Campo Mourão, v. 4, nº 1, p. 124 – 140, jan./jul. 2008.

MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como Conflito Concreto do Direito Positivo. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, v. 5, n.9, p.: 7-37, jul.-dez. 1999.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009;

OLIVEIRA FILHO, João Telmo de. O Estatuto da Cidade: fundamentos e principais instrumentos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 347, 19 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5370>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, vol. 209, p. 153-167, jul/set-1997.

SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008;

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação - Cidadania, Direito, Estado e Município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Princípios revista teórica, política de informação*. 1998. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?cat=208&sec=20>> Acesso em: 1º maio 2011.

VILANI, Maria Cristina Seixas. Cidadania Moderna: fundamentos doutrinários e desdobramentos históricos. *Cadernos de Ciências Sociais*, Belo Horizonte, v. 8, n. 11, p. 47-64, dez. 2002.

A PARTICIPAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL NAS POLÍTICAS PARA AS MULHERES: DESAFIOS POSTOS PARA A GESTÃO PÚBLICA

*PARTICIPATION AND SOCIAL ACCOUNTABILITY IN PUBLIC POLICIES
FOR WOMEN: CHALLENGES TO THE PUBLIC SECTOR*

Maria Elisa Almeida Brandt

Doutora em Sociologia pela USP (2004), mestre em Antropologia Social pela Unicamp (1998). Atuou como técnica na Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade do Ministério da Educação (SECADI/MEC) na articulação interinstitucional em torno dos temas Gênero e Educação para os Direitos Humanos, entre 2004 e 2008. Atualmente é Especialista em Políticas Públicas do Governo do Estado de São Paulo.

Carla de Paiva Bezerra

Mestranda em Ciência Política pela USP e Bacharel em Direito pela UnB (2007). É Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Governo Federal (EPPGG-MPOG).

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Inserção da Agenda de Gênero nas Políticas Públicas; 2 A Gestão da Política para as Mulheres no Contexto Geral das Estratégias de Planejamento e Gestão; 2.1 As Conferências e os Planos; 3 O Comitê de Articulação e Monitoramento do PNPM e a Questão da Transversalidade; 4 Transversalidade de

Gênero; 5 O Comitê: que Articulação é Possível? 6 Para Sair do Impasse: Espaços de Intervenção na Interface entre Gestão e Gênero; 7 O PPA 2012-2015: O “Começo de uma Nova História na Administração Pública Brasileira”? 8 Para Concluir; Referências.

RESUMO: Este artigo pretende discutir alguns aspectos que desafiam a participação e o controle social sobre as políticas públicas para as mulheres, sob a perspectiva da gestão. Endereçaremos as seguintes questões: De que maneira dinâmicas participativas como as conferências de políticas para as mulheres e a atuação do Comitê de Articulação e Monitoramento do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres se inserem no cotidiano da gestão pública? Quais as características dos instrumentos de planejamento e gestão atuais e seu impacto na construção de políticas públicas para mulheres?

A decisão da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) de destinar grande parte de seu esforço a práticas horizontais e participativas de gestão se explica, em parte, por mudanças de ênfase nos significados do conceito de transversalidade, entre pessoas envolvidas na implementação da “transversalidade de gênero” nas políticas públicas. Contudo, a escolha de um comitê multissetorial como estratégia central, se demonstrou insuficiente frente aos desafios da implementação de uma política transversal.

Nesse sentido, apontamos desafios a serem enfrentados para alterar as práticas de gestão da política para as mulheres no contexto das atitudes e mentalidades típicas na administração pública. Defendemos que medidas de gestão de pessoas nas organizações são prioritárias para a concretização de uma política antissexista.

ABSTRACT: This article aims at discussing challenges to participation and social control over public policies for women, from the perspective of public management. The following questions are addressed: How participative practices such as national conferences of policies for women and the Monitoring and Articulation Committee of the National Plan of Policies for Women relate to day-to-day public administration? Which are the features of planning and implementation instruments today, and their impact on the development of public policies for women?

Special Secretariat for Women's Policies decision of focusing efforts on horizontal and participative management practices is partially explained by a shift in the meaning of “transversalidade”, Brazilian version for gender mainstreaming, and its uses among actors involved

in public policies for women. However, the choice of a multi-sector committee as key strategy for the coordination of women's policies insufficient to overcome the limits for the implementation of a gender mainstreaming policy.

Management practices in the field of policies for women are analyzed in the context of public administration attitudes and mentalities. We suggest that measures on human resources development and culture change in organizations are most relevant for the concretization of an anti-sexist policy.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas. Mulheres. Participação. Controle Social. Gestão Pública. Transversalidade. Gênero.

KEYWORDS: Public policies. Women. Participation. Accountability. Public Administration. Gender mainstreaming. Gender.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é discutir alguns dos desafios postos para a promoção da participação e do controle social sobre as políticas públicas para as mulheres, sob a perspectiva da gestão. Partimos de três afirmações. A primeira é a de que a sociedade brasileira é marcada por profundas desigualdades resultantes de discriminações associadas de gênero, raça/cor, classe e orientação sexual (sem, evidentemente, desconsiderar inúmeras outras), sendo que o “padrão dominante nas identidades de gênero de adultos envolve uma situação de subordinação e de dominação das mulheres, tanto na esfera pública como na privada”¹. A segunda é que o Estado, por meio da execução de políticas, tem papel fundamental a cumprir para a redução das desigualdades e enfrentamento das discriminações. Por fim, entendemos que discutir aspectos da gestão pública no contexto das políticas para as mulheres, entre gestoras e gestores públicos, é uma estratégia relevante de intervenção para quem busca aprimorar a ação estatal nesse campo.

Com esse intuito, tentaremos endereçar, entre outras, as seguintes questões: De que maneira as dinâmicas participativas como as conferências de políticas para as mulheres e a atuação do Comitê de Articulação e Monitoramento do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres se inserem no cotidiano da gestão pública? Quais as características dos instrumentos de planejamento e gestão atuais, e

1 FARAH, M. F. S. *Gênero e políticas públicas. Estudos Feministas, Florianópolis*, 12 (1): 47-71, jan-abril 2004.

como eles impactam a construção de uma agenda de gênero nas políticas públicas? Que temas de gestão precisam ser debatidos quando buscamos explicação para a impermeabilidade das agendas dos órgãos setoriais às demandas advindas dos movimentos feminista e de mulheres?

Tentaremos mostrar que a decisão da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) de destinar grande parte de seu esforço ao estabelecimento de práticas horizontais e participativas se explica, em parte, por mudanças de ênfase nos significados dados ao conceito de transversalidade pelas pessoas envolvidas no planejamento e implementação da chamada “transversalidade de gênero” nas políticas públicas. Contudo, a escolha de um comitê multisetorial como estratégia central, por mais justificada que fosse tanto pela teoria em gestão, quanto por sua coerência com os princípios democráticos que fundam essa política, se demonstrou insuficiente frente aos desafios da implementação de uma política transversal.

Por fim, avaliaremos as práticas de gestão da política para as mulheres no contexto das atitudes e mentalidades típicas na administração pública e das práticas organizacionais. Nosso objetivo é o de apontar as organizações, como arena de intervenção prioritária, no futuro próximo, para a concretização de uma política para as mulheres e, mais que isso, de uma política antissexista.

1 A INSERÇÃO DA AGENDA DE GÊNERO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O processo de inserção de uma agenda de gênero nas políticas públicas começou lentamente a partir do final da década de 1970, com a redemocratização e a ampliação da participação social. Houve importantes marcos institucionais nos anos 80: a criação do Conselho Estadual da Condição Feminina de São Paulo, em 1983, e do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) em 1985. Fruto da organização coletiva de mulheres na área da saúde, outro marco – este já referido a políticas públicas especificamente –, foi o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher, em 1983.²

No mesmo período, a temática do enfrentamento à violência contra a mulher começa a se destacar dentro da pauta feminista. Após diversas experiências não institucionais de apoio à mulher vítima de violência, ainda em 1985, é criada a primeira Delegacia de Defesa da Mulher

2 Boas revisões desse processo podem ser encontradas em SAFFIOTTI, H. I. B.; MUÑOZVARGAS, M. (orgs.). *Mulher brasileira é assim*. Rio de Janeiro/Brasília: Rosa dos Tempos-NIPAS/UNICEF, 1994. p. 151-187; MONTAÑO, S.; PITANGUY, J.; LOBO T. As políticas públicas de gênero: um modelo para armar. O caso do Brasil. *Serie Mujer y Desarrollo*, 45. Santiago, Chile: jun 2003. e; FARAH, op. cit., 2004.

(DDM), no Estado de São Paulo³. Desde então, houve a criação de mais de 300 delegacias especializadas funcionando em todo o país. Ainda, o movimento feminista garantiu a inclusão, na Constituição, de dispositivo no qual o Estado Brasileiro se compromete com a criação de mecanismo para coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, §8). Neste mesmo período também surge a primeira casa abrigo estatal⁴.

Após esse primeiro momento, experiências em políticas com recorte de gênero ou voltadas para as mulheres em específico concentram-se no âmbito municipal. Ainda, a atuação de parcela significativa do movimento feminista é direcionada pela inserção da temática de gênero na agenda internacional, por meio da sua previsão em tratados e convenções, como forma de pressionar os governos nacionais. Destacam-se como instrumentos internacionais a CEDAW⁵, de 1979, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, de 1994. Cabe citar também movimento impulsionado a partir da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 1993), em que os estados-partes passaram a ser instados a elaborar planos de ação para a proteção e promoção dos direitos humanos.

A institucionalização de um organismo executivo das políticas de gênero no interior do aparato estatal federal, já nos anos 2000, acelerou esse movimento.⁶ Em 2002 foi criada a Secretaria Nacional dos Direitos da Mulher, vinculada ao Ministério da Justiça, que em 2003, já no governo Lula, foi transformada em Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, passando a se vincular à Presidência da República. Na esteira desses acontecimentos, a primeira Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres (CNPM) ocorreu em 2004, a segunda em 2007 e a terceira ocorrerá ainda este ano.⁷

3 IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher: o papel do sistema Judiciário na solução dos conflitos de gênero*. 2. ed. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2004.

4 CAVIEDES, E. G. *Violencia contra las mujeres en America Latina y el Caribe Español 1990-2000: Balance de una decada*. Disponível em: <<http://www.isis.cl/temas/vi/balance/INFORME%20FINAL11.doc>>.

5 *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*. O primeiro relatório nacional brasileiro ao Comitê da CEDAW/ONU foi apresentado em 2002, e desde então já foram elaborados outros cinco.

6 Embora não haja espaço para tratar do CNDM, é fundamental lembrar do relevante papel que ele teve e tem nesse contexto. Principalmente no período anterior à criação da SPM, ele era a instância mais próxima do poder decisório, e tinha caráter deliberativo, que o tornava pioneiro (outros conselhos surgiram como consultivos MONTAÑO, S.; PITANGUY, J.; LOBO T. op.cit., jun 2003).

7 A Secretaria de Políticas para Mulheres publica em sua página na internet documentos que descrevem em detalhe esses processos: <<http://www.spm.gov.br>>. Ver também OLIVEIRA, G; BARROS, I; SOUZA, M. H. (orgs.). *Trilhas feministas na gestão pública*. Brasília: CFEMEA/Fundação Ford/MDG3 Fund, 2010.

Entre as duas conferências, ocorre a aprovação da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha. Fruto de elaboração conjunta do Governo com diversas ONGs feministas, ela institui mecanismos jurídicos de proteção para as vítimas, bem como de maior punição para os agressores. A partir de então, a temática do enfrentamento à violência de gênero passa ser predominante na agenda da SPM.

Esses novos instrumentos e arranjos institucionais, tanto para fins de execução das políticas, quanto para participação e monitoramento, contribuíram de forma decisiva para a consolidação do tema na agenda governamental. Ainda, o conjunto de demandas sistematizadas pelas conferências permite vislumbrar um horizonte bastante amplo de políticas públicas com enfoque de gênero.

2 A GESTÃO DA POLÍTICA PARA AS MULHERES NO CONTEXTO GERAL DAS ESTRATÉGIAS DE PLANEJAMENTO E GESTÃO

2.1 AS CONFERÊNCIAS E OS PLANOS

O Brasil tem sido um espaço de experiências inovadoras quanto a mecanismos de participação democrática dos cidadãos nas últimas décadas. Compreendidas dentro da denominação de democracia participativa, temos as diversas experiências de orçamentos participativos, conselhos de políticas públicas e de conferências temáticas como alguns dos mecanismos mais difundidos de participação, representação e deliberação da sociedade, em sua maioria versando sobre temas sociais.

Os desenhos e arranjos institucionais variam significativamente em cada caso, conforme o tema, a abrangência federativa e, objetivos do mecanismo em questão. Como ponto em comum, temos a participação de atores governamentais, especialmente do poder executivo, e da sociedade civil, em sua maioria, atores coletivos⁸, debatendo de forma conjunta, em espaços que são simultaneamente de reivindicação, pactuação e deliberação.

As conferências nacionais de políticas públicas seguem dinâmica em certa medida articulada com os respectivos Conselhos temáticos (uma vez que são impulsionadas por estes). Contudo, é na última

8 Sobre os termos sociedade civil, atores coletivos e novos atores sociais, utiliza-se como referência a definição apresentada por GURZA LAVALLE, HOUTZANGER e ACHRYA (2004): “O termo ‘ator coletivo da sociedade civil’ é usado em sentido amplo para denotar um conjunto diverso de atores sociais – associações locais, ONGs, organizações de caridade, etc. – que não têm cargos públicos ou lucro como seus objetivos principais”. In: Lugares e atores da democracia: arranjos institucionais participativos e sociedade civil em São Paulo. In: COELHO, Vera Schattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). *Participação e Deliberação: Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

década que elas ganham força e são ampliadas em quantidade e áreas de abrangência.⁹ Trata-se, portanto, de experiência cujo impacto é recente e ainda dispõe-se de pouca literatura especializada. Ainda, as conferências constituem o espaço, por excelência, de debate sobre a definição de diretrizes políticas, além de contarem com uma maior pluralidade e variabilidade de representantes da sociedade civil, bem como possuem uma incidência sobre a agenda política em âmbito nacional.

Assim, a I Conferência Nacional de Políticas para Mulheres (CNPMM), realizada em 2004, envolveu mais de 120 mil pessoas nas plenárias municipais, em cerca de 2.000 municípios, e nas conferências estaduais em todas as unidades da federação, tendo em sua etapa nacional, em Brasília 1.787 delegadas governamentais e da sociedade civil. Como resultado final, foi aprovado um conjunto de resoluções¹⁰. Subseqüentemente, foi instituído um grupo de trabalho com representantes da sociedade civil e do governo, que se encarregou de elaborar, com base nessas diretrizes, um plano de ação, que se chamou Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM).¹¹

Ao avaliarmos o caminho percorrido desde a primeira conferência até hoje, uma primeira constatação é de que as mulheres envolvidas, atuando na SPM, no IPEA, nos ministérios, as representantes da sociedade civil no Comitê de Monitoramento e Articulação do PNPM, todas estão aprendendo a fazer e gerir políticas públicas (inclusive pelo treinamento em gestão, monitoramento e a avaliação de políticas, construção de indicadores, etc.).

A construção do I PNPM se deu em um contexto inaugural em que, após a primeira conferência dessa natureza, se constituía um grupo de trabalho com a participação da sociedade civil para gerar um plano de ação governamental. É preciso ter em conta que, muito embora a Secretaria já existisse desde 2002, com a eleição de Lula seus quadros

9 Com efeito, conforme apontado por POGREBINSCHI (2010), 68,8% de todas as conferências nacionais já realizadas no Brasil - 55 de um total de 80 - ocorreram nos dois mandatos de Lula (2003-2010). POGREBINSCHI, T. *Relatório Final da Pesquisa "Entre Participação e Representação: as conferências nacionais e o experimentalismo democrático brasileiro"*. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

10 BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: SPM, 2004a.

11 O Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), criado por Decreto Presidencial em 15 de julho de 2004, era coordenado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres e composto por representantes de sete Ministérios - Saúde; Educação; Trabalho e Emprego; Justiça; Desenvolvimento Agrário; Desenvolvimento Social; Planejamento, Orçamento e Gestão -; da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR); do CNDM; e das Secretarias da Mulher do Estado do Acre e do Município de Campinas/SP. Uma das autoras participou do GTI que gerou o I PNPM e do Comitê de Articulação e Monitoramento do plano criado em seguida, até 2007.

foram amplamente renovados – era um outro conjunto de feministas e ativistas do movimento de mulheres que começava a aprender o *métier* (salvo raras exceções com experiência em gestão pública).

Contrastados os dois Planos, verifica-se aprimoramento consistente. No I PNPM, os enunciados das ações resultantes se aproximavam, em muitos casos, à forma em que haviam sido expressas as diretrizes da conferência, gerando por vezes a própria inviabilidade de execução da ação, ou de indicadores que permitissem seu monitoramento. Evidente que o compromisso com a demanda social expressa nas conferências precisa ser garantido, mas esse resultado pode ser melhor alcançado, se a escolha é por um plano de ações, pela definição clara de objetivos, sua correspondência com as prioridades e por ações corretamente enunciadas, de modo a permitir a definição de metas quantitativas e indicadores de monitoramento e avaliação.

O II PNPM (Decreto no 6.387/2008) avançou a esse respeito, e também pelo tratamento mais cuidadoso de indicadores e metas, acrescidas em número.¹² Ainda, o II PNPM associou suas ações a programas e ações do Plano Plurianual (PPA 2008–2011) cujo orçamento garante a possibilidade de sua execução. Tais aprimoramentos, em que pese poderem ser reputados em parte à ampliação do compromisso dos ministérios com essa pauta, em nossa avaliação devem-se fortemente ao esforço do órgão responsável, a SPM, em ampliar a transparência e a responsabilização (*accountability*)¹³.

O Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (II PNPM), renovado a partir da segunda conferência, é “o” documento do Estado brasileiro a formalizar as diretrizes e prioridades de uma política para as

12 A título de exemplo, uma das prioridades estabelecidas para a Educação no I PNPM era “Promover a alfabetização e ampliar a oferta de ensino fundamental para mulheres adultas e idosas, especialmente negras e índias”, sendo que uma das ações nesse eixo era “Aparelhar e adequar as escolas para o atendimento das necessidades específicas de mulheres, especialmente negras, na educação de jovens e adultos”. A ação tinha como produto “escola adaptada e/ou aparelhada”. A demanda social, corretamente interpretada, seria por políticas que fossem desenhadas para garantir o acesso e permanência na educação de jovens e adultos às mulheres negras. Mas as mulheres negras não tem necessidades educacionais especiais que exijam adequação ou aparelhamento específico de escolas. Não havia, portanto, correspondência entre a demanda enunciada dessa forma e a política de fato realizada pelo Ministério da Educação, que permitisse o monitoramento da ação estatal e o controle social. Veja-se como no II PNPM a mesma demanda é traduzida em prioridade e ações melhor formuladas. A prioridade “Ampliar o acesso e a permanência na educação de grupos específicos de mulheres com baixa escolaridade” é desdobrada em várias ações, entre elas “Promover a alfabetização de mulheres jovens e adultas” (cujo produto é aluna atendida) e “Construir escolas em comunidades remanescentes de quilombos” (cujo produto é escola construída).

13 PRZEWORSKI, A. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agente x principal. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, P. (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

mulheres, desdobrando-as em campos de ação e iniciativas específicas. Construído participativamente, comprometendo hoje vinte e dois órgãos da administração federal e sendo público, ele permite o controle social sobre esse compromisso genérico.

Embora se preste muito bem a expressar um pacto da sociedade brasileira, e principalmente do poder público nas três esferas, em torno dessa política, do ponto de vista da responsabilização de órgãos federais e do planejamento e monitoramento da execução de ações específicas sob sua responsabilidade ele é ainda muito insuficiente.¹⁴

Apesar de apresentar quase quatrocentas ações descritas em detalhe (enunciados, órgãos responsáveis, produtos, e alguma correspondência com programas e ações do PPA), ele não apresenta metas de execução física ou financeira das ações. Ademais, a responsabilização fica muito prejudicada ao serem listados vários órgãos como co-responsáveis por uma ação, além de “parceiros” como órgãos estaduais e municipais, ONGs e movimentos sociais. Por fim, diferentemente do orçamento público, ele é de caráter meramente consultivo – diferentemente das deliberações das Conferências de Saúde, por exemplo, que geram obrigações para o Executivo. Por conta disso, a avaliação de seus relatórios não é praxe junto a órgãos de controle, fragilizando sua relevância para o controle interno.

Desde o I PNPM, em 2005, o caráter do plano permaneceu indefinido entre as pessoas envolvidas, fossem gestoras da SPM, representantes da sociedade civil ou dos órgãos participantes desse esforço, como integrantes do Comitê de Articulação e Monitoramento do PNPM. Em parte, isso se explica por se tratar de um documento em construção: a intenção das coordenadoras da ação pela SPM sempre foi comprometer ao máximo os órgãos responsáveis e tornar públicas todas as informações disponíveis, o que não se efetivou devido à fragilidade do compromisso político. Mas essa não é toda a resposta. Havia e ainda há limitações técnicas que dizem respeito ao descaso generalizado com que são tratadas as ferramentas de gestão – metas, indicadores, descritores de ações e seus objetivos –, no principal instrumento disponível que é o PPA, e na prática da gestão pública federal.

14 Não teremos chance de discutir aqui o tema do federalismo, e das estratégias de pactuação da política para as mulheres que a SPM promove com estados e municípios. Basta, por ora, afirmar que o II PNPM é peça chave dessa estratégia, orientando também os movimentos feministas e de mulheres em sua ação junto ao poder público (ver ARTICULAÇÃO DE MULHERES BRASILEIRAS. *Articulando a luta feminista nas políticas públicas*. Desafios para a ação do movimento na implementação das políticas. Brasília: AMB, 2009. E OLIVEIRA, G; BARROS, I; SOUZA, M. H. (orgs.). op.cit., 2010.

A insistência em apoiar o planejamento e o monitoramento das ações em um documento com diversas limitações partia de uma intenção de fortalecer, por seu intermédio, a estratégia de articulação multi-setorial, horizontal e participativa construída em torno dele: o Comitê de Articulação e Monitoramento do PNPM. No entanto, como veremos a seguir, o Comitê não funcionou como esperado e, enquanto isso, as imperfeições do plano traziam dificuldades para o monitoramento de sua execução e para a atuação das integrantes do Comitê como suas “articuladoras” no interior dos órgãos.

A questão central que as estratégias de participação e controle social colocam para a gestão é como proceder à melhor tradução possível das demandas da sociedade, expressas nos documentos finais das conferências – sejam eles relatórios, diretrizes, ou resoluções – em políticas concretas, ajustes e aprimoramentos dessas políticas. A escolha de estratégias, metodologias e instrumentos de gestão a serem utilizados em todo o ciclo da política (planejamento, implementação, monitoramento e avaliação) deve levar em conta argumentos de razoabilidade e eficiência gerencial ou técnica, que são compatíveis com os critérios democráticos de responsabilização dos agentes estatais (organizações e indivíduos), transparência e garantia de participação e controle social.

Nesse contexto, por mais meritórios que tenham sido os esforços mencionados acima, o II PNPM permaneceu falho como instrumento de gestão. Coordenadoras da ação e “articuladoras setoriais” depositaram grande energia no desenvolvimento de indicadores que em última instância não seriam eficazes (pela inexistência de coleta de dados primários para sua medição e monitoramento), ou no estabelecimento de instrumentos gerenciais que enfrentavam resistências culturais dos quadros da burocracia, apenas para citar dois exemplos.¹⁵ Essa energia poderia ter sido empregada na construção de estratégias mais diversificadas e específicas, que reunissem grupos menores de atores permitindo articulação mais ágil.

Assim, ainda que a ampliação recente das políticas para as mulheres seja inegável, e reconhecida pelas organizações de mulheres, a crítica deve ser feita para indicar avanços necessários. Apesar de importantes esforços de articulação inter-setorial para a construção de uma política de gênero, que esteja explícita no orçamento federal, ainda não se pode afirmar sua existência enquanto “conjunto organizado, sistêmico e articulado de ações”.¹⁶

15 Caso do Sistema de Acompanhamento do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (SAPNPM).

16 Ver PINHEIRO, L. *Nota Técnica n.º 8: Planejamento e financiamento das políticas para as mulheres: possibilidades para o Plano Plurianual 2012-2015*. Brasília: IPEA. Disponível em <<http://www.ipea.gov>>.

Na seção seguinte procuraremos refletir sobre esse estado de coisas, a partir do entendimento de como as políticas para mulheres se inserem no contexto geral da gestão federal e da cultura das organizações.

3 O COMITÊ DE ARTICULAÇÃO E MONITORAMENTO DO PNPM E A QUESTÃO DA TRANSVERSALIDADE

Concordamos com Pinheiro¹⁷, para quem o principal instrumento de coordenação da política para as mulheres é o Comitê de Articulação e Monitoramento do PNPM. A escolha do comitê inter-setorial como instrumento central de gestão do plano se sustenta na própria diretriz da *transversalidade*, afirmada no discurso da presidência,¹⁸ das Secretarias Especiais e nos documentos do Ministério do Planejamento¹⁹.

Diante da exigência democrática de se incorporar às políticas públicas o objetivo de redução das desigualdades e enfrentamento das discriminações, a escolha de planejamento e arranjo institucional consolidada a partir do PPA 2004-2007 foi equipar de maneira enxuta (em contraste com as máquinas ministeriais) as secretarias especiais, dotá-las de orçamento voltado mais à gestão e manutenção e menos a programas e ações, e responsabilizá-las por promover articulação institucional que generalizasse aquele objetivo nas políticas públicas. A responsabilidade última pela criação, por exemplo, de políticas educacionais antidiscriminatórias caberia ao Ministério da Educação, mas a co-responsabilidade caberia à SPM, na condição de coordenadora da política para as mulheres.

4 TRANSVERSALIDADE DE GÊNERO

O conceito de transversalidade de gênero é a tradução nacional para a estratégia do *gender mainstreaming*, conceito surgido no contexto internacional de direitos humanos das mulheres e afirmado como

br/ portal/ index.php?option=com _content&view =article&id =8668&Itemid=9>. Acesso em: 8 jun 2011. para uma descrição crítica detalhada dos instrumentos de gestão das políticas para as mulheres. Técnica do IPEA atuando diretamente na SPM durante o processo de construção dos Planos, muito de sua avaliação representa, arriscamos afirmar, a visão institucional da secretaria sobre o tema.

17 Ibidem, 2011.

18 BRASIL. 2003. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Plano plurianual 2004-2007: mensagem presidencial*. Brasília : MP, 2003, p. 36.

19 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Plano plurianual 2008/2011: manual de avaliação*. Exercício de 2010, ano base 2009. Brasília, MP, 2010a; BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Manual técnico do orçamento 2011*. Brasília: MP, 2010.

estratégia central a partir de *Beijing* (2005).²⁰ Quando referido ao campo específico de políticas públicas, nos apoiaremos na definição de Bandeira, para quem transversalidade de gênero nas políticas consiste em “elaborar uma matriz que permita orientar uma nova visão de competências (políticas, institucionais e administrativas) e uma responsabilização dos agentes públicos em relação à superação das assimetrias de gênero, nas e entre as distintas esferas do governo.”²¹

Por este conceito, verifica-se que as estratégias para alcançar tal transversalidade não se limitam ao esforço de promover ferramentas horizontais de coordenação intersetorial. E, no entanto, em nossa avaliação, os esforços de gestão da política para mulheres se centraram quase que exclusivamente nessa estratégia, sem que as condições organizacionais estivessem dadas para uma verdadeira gestão transversal.

Os usos que o conceito de transversalidade tem recebido recentemente, na prática cotidiana da gestão das políticas para as mulheres, tomaram emprestado significados advindos de dois campos discursivos²² distintos: o primeiro foi descrito acima, e o segundo é o das pessoas (acadêmicos ou administradores) interessadas no campo da gestão pública. Evidentemente, há uma interface entre esses discursos, de modo que o próprio conceito se transforma no processo.

O primeiro desenvolvimento do conceito, já bastante diagnosticado²³, é seu esvaziamento, sua transformação em lugar-comum pelo uso excessivo, meramente retórico ou apenas pouco criterioso, por diversos atores envolvidos (mandatários políticos, planejadores, gerentes e executores de políticas). O segundo, discutido aqui, é o distanciamento

20 O termo *gender mainstreaming* se aproxima à idéia de generalizar ou tornar corriqueira a perspectiva de gênero, quer por ações específicas quer pela modelagem de ações gerais. Da maneira como definido em 1997 pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, é “o processo de lidar com as implicações, para mulheres e homens, de qualquer ação planejada, incluindo legislação, políticas ou programas, em qualquer área e em todos os níveis. É uma estratégia para tornar as preocupações e experiências de mulheres bem como de homens parte integral do desenho, implementação, monitoramento e avaliação de políticas e programas em todas as esferas políticas, econômicas e sociais, de maneira que mulheres e homens se beneficiem igualmente e que a desigualdade não seja perpetuada. O objetivo último dessa generalização é atingir a igualdade de gênero.” (Organização Internacional do Trabalho, em: <<http://www.ilo.org/public/english/bureau/gender/newsite2002/about/defin.htm>>, tradução nossa).

21 BANDEIRA, Lourdes. Fortalecimento da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Avançar na transversalidade da perspectiva de Gênero nas Políticas Públicas. Convênio Comissão Econômica para América Latina e Caribe – CEPAL/Secretaria Especial de Política para as Mulheres. Brasília: CEPAL/SPM, 2005, p.5.

22 PÊCHEUX, M. *Discurso: estrutura ou acontecimento*. Trad. Eni Orlandi. Campinas: Pontes, 1990.

23 IPEA. Avanços e desafios da transversalidade nas políticas públicas federais voltadas para minorias. In: *Brasil em desenvolvimento: Estado, planejamento e políticas públicas*. v. 3. Brasília: IPEA, 2009.

de sua origem nos movimentos feministas e de mulheres e a aproximação ao discurso da gestão.

Texto contido em publicação do IPEA (2009) exemplifica bem as possibilidades de confusão semântica em torno da idéia de transversalidade:

[...] o hodierno jargão das políticas públicas o termo tem sido usado para designar tratamento de certos temas de forma oblíqua à divisão burocrático-departamental em ministérios, secretarias, institutos etc. Assim, o conceito de transversalidade, em sentido estrito, pressupõe atuação interdepartamental e criação de fóruns horizontais de diálogo e tomada de decisão, em que conhecimentos, recursos e técnicas acumuladas em cada espaço institucional possam atuar em sinergia. [...] A transversalidade envolve necessariamente o desafio de estabelecer redes entre gestores e órgãos públicos nas quais predominem relações de confiança e reciprocidade.²⁴ (grifo nosso)

Se é verdade que a transversalidade de gênero pressupõe uma atuação interdepartamental, disso não decorre que isso seja feito, necessariamente, por meio de fóruns horizontais de diálogo e tomada de decisão. Muito embora desejável, não é imprescindível para a generalização da atenção a gênero em todos os campos de políticas (*gender mainstreaming*), a consolidação de uma cultura da reciprocidade e confiança no âmbito da administração pública federal.

5 O COMITÊ: QUE ARTICULAÇÃO É POSSÍVEL?

O desempenho do Comitê foi, até o momento, insuficiente para atingir seu propósito original. O comprometimento dos ministérios é muito variável, da mesma forma que a posição das integrantes na hierarquia decisória dos órgãos que representam. Dadas as características do funcionamento típico dos ministérios (discutidas mais tarde), isso gera grandes dificuldades para a comunicação e tomada de decisão interna aos ministérios exigidas pelas deliberações do comitê. A realização das atividades depende excessivamente da atuação individual da representante, e assim sua qualidade é determinada, em grande

²⁴ IPEA. Ibid., 2009. ECHEBARRÍA ARIZNABARRETA, Koldo. *Capital social, cultura organizativa y transversalidad en la gestión pública*. In: VI Congreso Internacional Del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública. Buenos Aires, Argentina: nov 2001.

parte, pelo compromisso pessoal que se tenha com “a causa”.²⁵ Ainda que haja tal compromisso, disso não decorre que o órgão realize de fato políticas consistentes para as mulheres (ao contrário, o bom desempenho individual pode até mascarar a inação do órgão).

Diante da constatação de que o Plano não era respeitado como compromisso, a SPM tentou, em 2008, aprimorar o funcionamento do Comitê por meio de mudanças em seu regimento. Estas se caracterizaram, entre outros aspectos, por: 1) Explicitar novos deveres das integrantes, como o preenchimento de sistema de monitoramento *on line*; 2) Incluir órgãos da alta hierarquia decisória – a Casa Civil e a Secretaria de Comunicação da Presidência.

Isto é, a solução para comprometer as organizações foi trazer a Casa Civil para dentro do comitê, nos moldes da Agenda Social do Governo Federal. Nesse mesmo sentido, a criação, em 2007, do Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra a Mulher, no âmbito da Agenda Social, pôde ser interpretada como uma tentativa de concretizar de outra forma a transversalidade que o PPA e o Comitê não garantiam, no campo do enfrentamento da violência de gênero. O que distinguiu as duas estratégias enquanto formas de coordenação inter-setorial de políticas, e fez a diferença nos resultados, foi a agência inicial da Presidência da República, na figura da Casa Civil, e sua participação constante monitorando o processo e responsabilizando os órgãos setoriais participantes.

O exemplo mais bem sucedido do Pacto parece confirmar o que diz a literatura: a agência da hierarquia superior é necessária para criar o compromisso com uma missão comum entre pares. E também ela pode se prestar a empoderar no processo um dos pares como coordenadores da ação e tomadores de decisão legítimos.²⁶

Contudo, as práticas de gestão das políticas para as mulheres esbarraram nas características conservadoras da prática cotidiana de servidores públicos e organizações. No estágio atual da cultura organizacional nos órgãos federais, a condição essencial para a cooperação

25 Esta avaliação é calcada na experiência de uma das autoras como integrante do Comitê em seu início (2005 a 2007). Desde então não temos informações de primeira mão, mas um bom indício é dado pelas atas das reuniões disponíveis no sítio da secretaria da Internet (mais um esforço de transparência digno de nota). A despeito de participarem 22 ministérios, a média de comparecimento às reuniões não chega a metade disso. Das duas últimas reuniões cujas atas estão disponíveis, 22 de junho e 07 de outubro de 2010, participaram apenas 4 ministérios setoriais.

26 Por ser a SPM a responsável pela Política Nacional de Enfrentamento, cabia a ela a coordenação da Câmara.

horizontal exigida por estratégias como o Comitê do PNPM, que é a percepção de objetivos compartilhados, não está dada, em absoluto.²⁷

Portanto, tais correções de rota foram ineficazes porque atuaram na responsabilização individual das integrantes, sem afetar as organizações. Não levaram em conta aspectos da cultura organizacional na administração pública que influenciam a atuação de servidores, refratária à lógica de coordenação horizontal, e que são mais determinantes de sua prática cotidiana do que serem ou não atentos à questão de gênero.

Para que o consenso em torno da relevância da pauta de gênero se dissemine verdadeiramente, de modo a permitir o bom funcionamento de instâncias de articulação inter-setorial como o Comitê, será necessário um esforço real da alta administração – presidência e MPOG – em promover a necessária inovação na gestão de organizações e pessoas.

6 PARA SAIR DO IMPASSE: ESPAÇOS DE INTERVENÇÃO NA INTERFACE ENTRE GESTÃO E GÊNERO

Uma das explicações dadas para a impermeabilidade dos órgãos setoriais às demandas de gênero é o entendimento, que talvez seja majoritário entre gestores, segundo o qual a política para as mulheres é de responsabilidade da SPM, e não uma responsabilidade compartilhada entre todos²⁸. Mas se inúmeros documentos oficiais e discursos de altos mandatários afirmam o contrário, quais são as bases de sustentação desse argumento?

A resposta, a nosso ver, precisa ser buscada nos mecanismos pelos quais os objetivos estratégicos dos órgãos – aqueles de fato, não necessariamente os apresentados nos textos do PPA – são construídos e disseminados internamente, e na maneira como os servidores criam e consolidam visões próprias sobre seu papel, o de sua unidade, secretaria ou ministério. Os ministérios, principalmente os mais antigos e pesados,

27 Segundo ECHEBARRIA ARIZNABARRETA (2001), para funcionar, a transversalidade, ou a coordenação horizontal ou lateral em uma organização ou entre várias delas, depende da percepção comum de sua interdependência, fundada no “compartilhamento de um ambiente de trabalho”, quer porque atuem sobre a mesma realidade externa (um setor da população) ou porque compartilhem objetivos gerais, da organização ou do sistema de organizações ao qual pertencem (2001, p. 6, grifo nosso). ECHEBARRIA ARIZNABARRETA op.cit., 2001.

28 BANDEIRA, L. *Fortalecimento da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres*. Avançar na transversalidade da perspectiva de Gênero nas Políticas Públicas. Convênio Comissão Econômica para América Latina e Caribe – CEPAL/Secretaria Especial de Política para as Mulheres. Brasília: CEPAL/SPM, 2005. E PINHEIRO, L. op.cit., 2011.

se movem por inércia²⁹; e as relações são fortemente hierárquicas, influenciadas pela cultura autoritária latinoamericana³⁰.

A diretriz da transversalidade de gênero continuará sendo mera peça de retórica, mesmo que se aprimorem os instrumentos de gestão, enquanto os objetivos referidos a gênero não impactarem as tomadas de decisão dos executores diretos da política. De nada adiantará, por exemplo, um Termo de Cooperação entre a SPM e o MEC para a execução do Prêmio Construindo a Igualdade de Gênero, se o responsável do setor financeiro, no MEC, afirmar a impossibilidade da compra dos computadores destinados ao prêmio alegando que não há rubrica para tal despesa.³¹

7 O PPA 2012-2015: O "COMEÇO DE UMA NOVA HISTÓRIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA"?³²

Embora não o tenhamos analisado sistematicamente sob um olhar de gênero, uma simples vista d'olhos já bastou para notar mudanças consistentes no PPA 2012-2015. A criação de objetivo que vise explicitamente a redução da desigualdade de gênero, e mais ainda seu desdobramento em metas e iniciativas coerentes, é fato histórico, muito embora os indicadores de gênero e raça permaneçam tímidos.³³

A acentuação da transversalidade de raça e gênero foi apresentada como diretriz fundamental desde o início do processo, nas reuniões envolvendo os responsáveis pelo PPA em cada órgão, tendo a SPM sido mobilizada para participar em várias reuniões inter-setoriais.

Também do ponto de vista da gestão a mudança é grande: ele está mais enxuto, as associações entre ações e seus objetivos estão

29 RUFFNER, M. Governing for results. In: VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Lisboa, Portugal: out 2002. Disponível em <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0043704.pdf>. Acesso em 10 abr. 2010.

30 PROULX, D.; MACHIAVELLI, F. La conception de la gestion par résultats en Amérique latine. *Telescope*, v. 12, no.3, outono 2005, Québec, Canada. 42-54. Disponível em: <http://www.enap.ca/OBSERVATOIRE/docs/Telescope/Volumes12-15/Telv12n3_proulx_machiavelli.pdf>. Acesso em: 10 abr 2010.

31 O caso é verídico, mesmo que anedótico.

32 Palavras da Secretária de Planejamento e Investimentos Estratégicos do Ministério do Planejamento, Maria Lúcia Falcón, apresentando o novo PPA (<<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=7450&cat=60&sec=10>>).

33 Um exemplo é o Objetivo 0759 - Promover a autonomia econômica das mulheres rurais por meio da sua inclusão na gestão econômica e no acesso aos recursos naturais e à renda, e da ampliação e qualificação das políticas públicas da agricultura familiar." BRASIL. op.cit., 2011b.

mais evidentes; e o planejamento, mais genérico, se desvincula do orçamento. Ainda, elemento fundamental do programa “Democracia e Gestão Pública” é o fortalecimento de instrumentos de transparência e participação social.

Se o novo PPA inaugurará de fato uma nova abordagem, como se afirma³⁴, resta ver. Levando em consideração a rapidez do processo de sua construção, ele deve ser visto não como a consolidação de um processo prévio e gradual de debate no interior dos órgãos setoriais, mas como seu início. Não sabemos que medidas se concretizarão, de fato.

Bem formuladas, medidas destinadas a renovar o *modus operandi* de organizações e servidores públicos e a própria qualidade técnica de sua atuação terão grande impacto para a agenda de gênero, dentre as demais. Para o efetivo monitoramento e avaliação das políticas em geral, os gestores precisaram aprender a escrever enunciados claros para as ações, que permitam a compreensão de seus objetivos, a referência a públicos-alvo, bem como metas e indicadores consistentes³⁵.

Se a cultura organizacional é passível de gestão, os tomadores de decisão podem agir para promover um sistema de princípios e valores que orientem o comportamento dos servidores públicos nessa direção. Entre as sugestões feitas por ECHEBARRIA ARIZNABARRETA³⁶, vale destacar duas. A primeira é a necessidade de processos de gestão estratégica que gerem e fortaleçam o sentimento compartilhado da missão da organização (no nosso caso, do conjunto de organizações). É o chamado alinhamento. A segunda é a política de recompensas. Não basta, ao servidor, assistir a inúmeros eventos em que a organização afirma seu compromisso com a pauta de gênero se, em seu cotidiano de trabalho, ele for premiado e recompensado apenas pelo alcance das metas isoladas de sua área ou de objetivos exclusivamente setoriais.

34 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Manual técnico do orçamento 2011*. Brasília: MP, 2010. Disponível em: <https://www.portalsof.planejamento.gov.br/bib/MTO/mto_5_Versao_1.pdf>. Acesso: 10 jul 2011.

35 Nesse contexto, há que se refinar o debate em torno de indicadores – quais suas qualidades necessárias e, principalmente, a associação estrita com a construção de dados estatísticos primários que os alimentem. A construção de indicadores que meçam o movimento de gradientes de raça/cor ou gênero nos diversos campos é complexa, mas não impossível. Depende essencialmente de investimento pesado na construção de estatísticas de cobertura nacional. Nesse campo, também precisam ser responsabilizados os órgãos públicos de estatística e estudos e pesquisas como o IBGE e o IPEA. JANNUZZI, P. M. *Indicadores sociais no Brasil: conceitos, fonte de dados e aplicações*. Campinas: Alínea, 2001. CAVENAGHI, S. Gênero e Raça no Ciclo Orçamentário e Controle Social das Políticas Públicas. In: *Indicadores de gênero e de raça no PPA 2008-2011*. Brasília: CFEMEA, 2008.

36 ECHEBARRIA ARIZNABARRETA, op.cit., 2001.

Além disso, será preciso priorizar ministérios que, na avaliação da SPM, têm sido historicamente mais refratários. Organizações mais isoladas, com maior dificuldade de perceber as vinculações entre os seus objetivos e o de outras organizações, e ainda aquelas que, pelo tamanho e pela desarticulação interna não tem um forte compromisso com a coordenação horizontal, exigirão medidas extras.

Como reza a cartilha organizacional, os líderes e patrocinadores (*sponsors*) precisam estar envolvidos, na figura de representantes da Casa Civil ou da Presidência, em estratégias que ao mesmo tempo reforcem a “missão” e empoderem os coordenadores da agenda – a SPM.

A esse respeito, e em consonância com os comentários feitos aqui, a própria construção do novo PPA foi exemplo de concepção geral vinda da cúpula (Casa Civil e Planejamento), e disseminada entre os demais órgãos, que se reuniram em encontros multi-setoriais para a construção da transversalidade, inaugurando uma nova prática.

8 PARA CONCLUIR

Não é de hoje que as mulheres envolvidas na concretização de políticas de gênero sabem que a gestão pública é um campo relevante de atuação³⁷. No entanto, pouco tem sido dito acerca de medidas organizacionais específicas, nos moldes sugeridos pela literatura em administração relativa à processos de mudança cultural em organizações. A cooperação e a comunicação horizontal – exigências do fazer transversal – são atitudes que precisam ser incentivadas (e, o seu contrário, sancionado) pela organização.

O que é fundamental, e que muitas vezes é esquecido no dia-a-dia da gestão, é o significado último de *resultado* no contexto da administração pública. Aqui adotamos a visão de MOORE³⁸ segundo a qual o valor público se cria quando se realizam atividades capazes de proporcionar respostas efetivas e úteis às necessidades ou demandas:

1. Que sejam politicamente desejáveis como consequência de um processo de legitimação democrática;

37 MONTAÑO, S.; PITANGUY, J.; LOBO T. op.cit. jun 2003. p. 33

38 SERRA, A. Modelo aberto de gestão para resultados no setor público. Tradução de Ernesto Montes-Bradley y Estayes. Natal: SEARH/RN, 2008. 140 p. Disponível em http://www.repositorio.seap.pr.gov.br/arquivos/File/Estados_Brasileiros%20/Rio_Grande_do_Norte%20/Livros/modelo_aberto_de_gestao_para_resultados_no_setor_publico.pdf. Acesso em: 10 abr. 2010. p. 30

2. Cuja propriedade seja coletiva, assim caracterizando sua natureza pública;
3. Que requeiram a geração de mudanças sociais (resultados) que modifiquem certos aspectos do conjunto da sociedade, ou de alguns grupos específicos reconhecidos como destinatários legítimos de bens públicos.

Portanto, para a concretização paralela das duas agendas – a incorporação da abordagem de gênero em todo o ciclo da política pública, e a melhora da eficiência da gestão pública (uma das tônicas do novo PPA) – será necessário um conjunto de medidas que constantemente lembre ao servidor/gestor que o valor de sua atividade é referido àqueles objetivos últimos associados a direitos, democracia e redução de desigualdades, e que sua atuação será avaliada e recompensada com base nesses resultados.

Tentamos, com esse artigo, contribuir para esse debate. A título de conclusão, reproduzimos o misto de prognóstico e conselho de Sonia Montaña, Jacqueline Pitanguy e Thereza Lobo quando a SPM foi alçada ao status de ministério, em 2003. Por ser ainda hoje extremamente pertinente, vê-se que há muito por fazer:

A governabilidade democrática requer tanto a representação das mulheres no jogo democrático como sua presença eficaz nos processos de harmonização com o poder real. A lógica da governabilidade é a do poder efetivo e o poder efetivo demanda um particular esforço sobre os mecanismos e instituições de gestão.³⁹

REFERÊNCIAS

ECHEBARRÍA ARIZNABARRETA, Koldo. Capital social, cultura organizativa y transversalidad en la gestión pública. In: *VI Congreso Internacional Del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública*. Buenos Aires, Argentina: nov 2001.

ARTICULAÇÃO DE MULHERES BRASILEIRAS. *Articulando a luta feminista nas políticas públicas*. Desafios para a ação do movimento na implementação das políticas. Brasília: AMB, 2009.

BANDEIRA, Lourdes. *Fortalecimento da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres*. Avançar na transversalidade da perspectiva de Gênero nas Políticas Públicas. Convênio Comissão Econômica para América Latina e Caribe –

³⁹ MONTAÑO, S.; PITANGUY, J.; LOBO T. op.cit. jun 2003. p. 20

CEPAL/Secretaria Especial de Política para as Mulheres. Brasília: CEPAL/SPM, 2005.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Plano plurianual 2004-2007: mensagem presidencial*. Brasília : MP, 2003.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: SPM, 2004a.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Anais da I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: SPM, 2004b.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: SPM, 2008.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Plano plurianual 2008/2011: manual de avaliação. Exercício de 2010, ano base 2009*. Brasília, MP, 2010a.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Manual técnico do orçamento 2011. Brasília: MP, 2010. Disponível em: https://www.portalsofplanejamento.gov.br/bib/MTO/mto_5_Versao_1.pdf. Acesso: 10 jul 2011.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Plano Plurianual 2012-2015: projeto de lei*. Brasília: MP, 2011a.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Plano Plurianual 2012-2015: Anexo I. Brasília: MP, 2011b.

CAVENAGHI, Suzana. Gênero e Raça no Ciclo Orçamentário e Controle Social das Políticas Públicas. In: *Indicadores de gênero e de raça no PPA 2008-2011*. Brasília: CFEMEA, 2008.

CAVIEDES, Elizabeth Guerreiro. *Violencia contra las mujeres en America Latina y el Caribe Español 1990-2000: Balance de una decada*. Disponível em: <<http://www.isis.cl/temas/vi/balance/INFORME%20FINAL11.doc>>.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 12 (1): 47-71, jan-abril 2004.

GURZA LAVALLE, Adrian; HOUTZAGER, Peter; ACHRYA, Arnab. Lugares e atores da democracia: arranjos institucionais participativos e sociedade civil em São Paulo. In: COELHO, Vera Schattan; NOBRE, Marcos (orgs.). *Participação e Deliberação: Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

IPEA. Avanços e desafios da transversalidade nas políticas públicas federais voltadas para minorias. In: *Brasil em desenvolvimento: Estado, planejamento e políticas públicas*. v. 3. Brasília: IPEA, 2009.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher: o papel do sistema Judiciário na solução dos conflitos de gênero*. 2. ed. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2004.

JANNUZZI, Paulo Martino. M. *Indicadores sociais no Brasil: conceitos, fonte de dados e aplicações*. Campinas: Alínea, 2001.

MONTAÑO, Sônia; PITANGUY, Jacqueline; LOBO, Thereza. As políticas públicas de gênero: um modelo para armar. O caso do Brasil. *Serie Mujer y Desarrollo*, 45. Santiago, Chile: jun 2003.

MOORE, Mark. *Creating Public Value: Strategic Management in Government*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

OLIVEIRA, Guacira Cesar de; BARROS, Ivônio; SOUZA, Maria Helena (orgs.). *Trilhas feministas na gestão pública*. Brasília: CFEMEA/Fundação Ford/MDG3 Fund, 2010.

PÊCHEUX, Michel. *Discurso: estrutura ou acontecimento*. Tradução de Eni Orlandi. Campinas: Pontes, 1990.

PINHEIRO, Luana. *Nota Técnica n. 8: Planejamento e financiamento das políticas para as mulheres: possibilidades para o Plano Plurianual 2012-2015*. Brasília: IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8668&Itemid=9>. Acesso em: 8 jun. 2011.

POGREBINSCHI, Thammy. *Relatório Final da Pesquisa "Entre Participação e Representação: as conferências nacionais e o experimentalismo democrático brasileiro"*. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

PROULX, Denis.; MACHIAVELLI, Fabiana. La conception de la gestion par résultats en Amérique latine. *Telescope*, v. 12, no.3, outono 2005, Québec, Canada. 42-54. Disponível em: <http://www.enap.ca/OBSERVATOIRE/docs/Telescope/Volumes12-15/Telv12n3_proulx_machiavelli.pdf>. Acesso em: 10 abr 2010.

PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agente x principal. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

RUFFNER, Michael. *Governing for results*. In: VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Lisboa, Portugal: out 2002. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0043704.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani, Muñoz-Vargas, Monica (orgs.). *Mulher brasileira é assim*. Rio de Janeiro/Brasília: Rosa dos Tempos-NIPAS/ UNICEF, 1994. p. 151-187.

SERRA, Alberto. *Modelo aberto de gestão para resultados no setor público*. Tradução de Ernesto Montes-Bradley y Estayes. Natal: SEARH/RN, 2008. 140 p. Disponível em: <http://www.repositorio.seap.pr.gov.br/arquivos/File/Estados_Brasileiros%20/Rio_Grande_do_Norte%20/Livros/modelo_aberto_de_gestao_para_resultados_no_setor_publico.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2010.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: O PLANO PLURIANUAL PARTICIPATIVO NO ESTADO DA BAHIA

*PARTICIPATIVE DEMOCRACY: PLURIANUAL PARTICIPATIVE
PLANNING OF BAHIA*

Maria Inês Caetano Ferreira

Profª. Adjunta da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, na área de Políticas Públicas, no Curso de Gestão Pública. Pós-doutorado em Ciências Sociais Aplicadas (2007) pelo NEPP/UNICAMP/CNPQ. Autora do livro Homicídios na periferia de São Paulo: violência na solidariedade e co-autora do livro Administração Pública no Brasil: uma breve história política.

Eluammi Rocha Matos

*Graduanda do curso de Gestão Pública da
Universidade Federal do Recôncavo da Bahia*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Participação popular no Brasil; 2 O PPA P na Bahia; 3 Gestão democrática na Bahia; 3.1 Territórios de Identidade na Bahia; 3.2 Os mecanismos institucionais do PPA Participativo; 4 A experiência do PPA P pelos técnicos da Seplan; 4.1 Implantação do PPA-P; 4.2 Problemas do PPA-P; 4.3 Aspectos positivos do PPA-P; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O artigo apresenta dados sobre o Plano Plurianual Participativo na Bahia e os desafios da construção de um processo de gestão democrática. Na primeira parte desenvolvemos discussões teóricas sobre a consolidação da democracia no país e suas intersecções com a ação dos movimentos sociais nas décadas de 60 e 70, os quais influenciaram na construção da atual estrutura administrativa, a qual combina o clássico modelo de democracia representativa com participativa. O Planejamento Plurianual Participativo (PPA P) do estado da Bahia é um exemplo das consequências dessas conquistas democráticas.

O principal objetivo foi conhecer os mecanismos institucionais do PPA P na Bahia, os quais possibilitam ao governo executar essa proposta. A metodologia envolveu a pesquisa de documentos oficiais e entrevistas de longa duração, com roteiro semiestruturado, com técnicos da SEPLAN, responsáveis pela coordenação do PPA P. Os resultados mostram que o PPA P contribui para aproximar a população e o governo baiano, sobretudo após décadas de governos que não estimulavam a participação direta dos baianos, embora descrevamos alguns problemas que ainda podem ser enfrentados.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Cidadania. Participação Social. Planejamento. Bahia

ABSTRACT: This article shows data on Plurianual Participative Planning (PPA P) of Bahia and democratic administration process challenges. First section, we examine theories on Brazilian democratization process reporting to political movements of 70's. These movements have influenced upon present Brazilian administrative model. It combines representative and participative democracy. Participative Planning of Bahia is an example of democratic arrangement.

Our purpose is making a description of institutional democratic mechanisms to execute social participation. Methodology is qualitative. We have analyzed official documents and interviewed servants who have acted on PPA P. Finding shows PPA P brings people near of government and vice-versa after a lot of years of authoritarian government.

KEYWORDS: Democracy. Citizenship. Social Participation. Planning. Bahia

INTRODUÇÃO

Este artigo discute o processo de construção da democracia participativa no estado da Bahia, por meio da investigação da implantação do Plano Plurianual Participativo do governo do estado. Buscamos introduzir o debate sobre o PPA Participativo, que ainda é muito recente, sobretudo nas suas intersecções com a metodologia dos Territórios de Identidade.

A pesquisa sobre o PPA Participativo no estado da Bahia ainda está em seus primeiros passos. Este trabalho expõe as descobertas iniciais de um estudo que, sem dúvidas, deve ser aprofundado.

Neste trabalho descrevemos os mecanismos institucionais elaborados pelo governo estadual para a instituição e operação do PPA Participativo e resultados de entrevistas com técnicos da Secretaria de Planejamento, órgão responsável pela coordenação do PPA.

O artigo está estruturado da seguinte forma, a saber: na primeira parte fazemos uma breve discussão da literatura sobre o processo de democratização da sociedade brasileira, culminando na criação de mecanismos institucionais que possibilitam a participação da sociedade nas decisões sobre as políticas públicas no país. Num segundo momento, descrevemos a criação do PPA Participativo no estado da Bahia e da metodologia dos Territórios de Identidade, seus objetivos, mecanismos institucionais e reflexões de técnicos da Secretaria de Planejamento do estado (SEPLAN) sobre as experiências nos PPAs dos anos de 2007 e 2011 e de 2012-2015. Esses técnicos discutem pontos fortes e fracos da atual metodologia.

1 PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL

Avritzer¹ ensina que, nos pós-guerra, a teoria democrática hegemônica estimulava a participação popular exclusivamente por meio do voto. Autores como Schumpeter argumentavam que a massa da população não compartilhava da mesma racionalidade da elite, motivo pelo qual essa última deveria ocupar os cargos políticos e definir as ações dos governos. A manutenção da estabilidade política era uma das principais justificativas para a limitada participação popular. Avritzer destaca que nos últimos 20 anos as correntes que defendem a ampliação da participação da população vêm ganhando terreno. Alguns dos motivos da mudança seria a intensificação de movimentos sociais, os

1 AVRITZER, L. Sociedade civil e participação no Brasil democrático. In: _____.(org.) *Experiências nacionais de participação social*. São Paulo: Cortez. p. 27-53, 2009.

quais influenciaram no retorno da democracia na América Latina e no Leste Europeu, e as demandas por prestação de contas e transparência por parte do governo.

Dagnino² esclarece que a Constituição Federal de 1988 é o marco legal que promove o alargamento nos processos da democracia no país. Ela criou espaços públicos para a participação da sociedade civil nos processos de discussão e tomada de decisão de políticas públicas. Esse alargamento seria uma conquista das ações dos movimentos sociais que militaram na oposição ao regime militar.

Guimarães³ conclui que houve avanço na participação dos movimentos sociais da década de 70 em relação aos de décadas anteriores. Isso porque os dos anos 70 defenderam a democracia e cidadania ativa, ultrapassando os ideais de nacionalismo e soberania, comuns aos seus antecessores. O comprometimento com a democracia e cidadania incidiu em vitórias no âmbito institucional, as quais reconfiguraram o desenho do Estado nacional, conclui o autor⁴.

Para Avritzer⁵, houve redefinição na forma de fazer política, rompendo com a baixa participação e o clientelismo político, os quais eram predominantes antes da década de 80.

Jacobi⁶ defende que os movimentos sociais nos anos 70 contribuíram na construção de uma esfera autônoma, assim como em uma concepção de institucionalidade moderna, com espaço para a participação e interlocução com o poder público. Essas transformações incidiram na revisão do modelo de gestão pública predominante até os anos 70, quando o Estado era o principal ator na formulação de políticas e pouco permeável a pressões populares no processo decisório.

Para Paes⁷ os movimentos sociais defenderam um projeto político que contemplava a participação dos atores na definição da agenda política, formulação, implementação das políticas e controle social. As formas de participação no processo decisório federal e local, garantidos pela Constituição, foram influenciadas pelas lutas dos movimentos.

2 DAGNINO, E. Sociedade civil, participação e cidadania do que estamos falando?. In: MATO, D. (coord.) *Política de cidadania y sociedade civil em tempos de globalización*. Caracas: FACES: Universidad Central de Venezuela, p. 995-110, 2004.

3 GUIMARÃES, J.R. Culturas democráticas e participação democrática. In .AVRITZER, L. (org.). *Experiências nacionais de participação social*. São Paulo: Cortez, p. 13-25, 2009.

4 Idem p. 16.

5 AVRITZER, 2009, p. 27-53.

6 JACOBI, P. Poder local, políticas sociais e sustentabilidade. *Saúde e Sociedade*. v. 8, n. 1, p. 31-48, 1999.

7 PAES, A.P.P. de, *Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social*. RAE, v. 45, n. 1, jan/mar, p. 36-45, 2005.

Avritzer⁸ destaca a participação centrada no nível local, na qual atores ou entidades das sociedades civis dispõem de espaços institucionais para participarem da decisão, implementação e controle das políticas, um exemplo são os conselhos de políticas. Essa dupla forma de participação resulta num sistema representativo híbrido.

Paes⁹ chama atenção para o movimento simultâneo de duas propostas diferentes na década de 90, a saber: a expansão de experiências inovadoras de gestão pública municipal e a implementação da reforma gerencialista no país. Ambas defenderam a descentralização e participação popular, principalmente na execução e controle das políticas. A diferença foi a relevância atribuída à eficiência econômica do gerencialismo, em contraste à ênfase na participação política da sociedade civil pelos movimentos sociais. Esta última, explica Paula¹⁰, se associava outro paradigma de administração, a qual defendeu a combinação da democracia representativa com a participativa e a criação de uma esfera não-estatal, como os espaços públicos de negociação. Essa esfera exigiria a formação de institucionalidades para a co-gestão dos cidadãos nos negócios públicos. Essa autora registra que a emergência desse novo formato só se tornou possível a partir da gestão do Partido dos Trabalhadores na Presidência da República, com a eleição de Lula. Isso, em virtude do apoio dos movimentos sociais e das organizações dele derivadas, que deram suporte para a vitória e sua sustentação política do PT. Desde então, a administração pública ampliou os espaços para a participação da sociedade civil na formulação, implementação e controle das políticas¹¹.

A partir de 2003 o governo Lula intensificou a criação de institucionalidades para a participação dos atores na esfera federal. Avritzer¹² aponta o papel exercido pela Secretaria Geral da Presidência da República, responsável pela intermediação das relações do governo com a sociedade civil, o fortalecimento dos conselhos nacionais existentes, os quais passaram a contar com a presença frequente de Ministros de Estado, e a organização de conferências nacionais em praticamente todas as áreas de políticas públicas, espaço privilegiado para a reflexão e formulação de políticas.

8 AVRITZER, L. Teoria democrática, esfera pública e participação local. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 1, v. 2, jul/dez, p.18-43, 1999.

9 PAES, op. cit., p. 36-45.

10 Ibidem.

11 Ibidem.

12 AVRITZER, 2009, p. 27-53.

Em 2003 houve uma tentativa de participação da sociedade civil no debate para orientar estratégias do Plano Plurianual 2004-2007.

Desde a Constituição de 1988 o processo orçamentário se compõe de três peças, o Plano Plurianual (PPA) – o qual define as linhas gerais do governo eleito para quatro anos, válido ao longo dos três últimos anos da gestão organizadora e no primeiro ano de sua sucessora –, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) – definindo os programas mais importantes e metas físicas e linhas de elaboração do orçamento do ano seguinte –, e a Lei Orçamentária Anual (LOA) – que define como e onde os recursos serão aplicados.

Moroni¹³ informa que a Associação de Organizações Não Governamentais (ABONG) e um conjunto de redes e fóruns, que compõem a Inter-redes, foram os protagonistas da tentativa de participação da sociedade no PPA, cuja coordenação ficou sob a responsabilidade da Secretaria-Geral da Presidência. Uma das diretrizes da participação era construir um novo modelo de desenvolvimento, justo e ambientalmente sustentável, para o país, consolidando a gestão democrática e o controle social sobre o orçamento e uso de recursos públicos.

Aconteceram vários debates em todo o país, até o envio do projeto ao Congresso Nacional. Porém nem o Congresso e nem governo analisaram o projeto. Esse autor¹⁴ relata que em 2007 o Executivo instituiu Grupo de Trabalho para elaborar propostas de participação no PPA e, sem nenhum resultado positivo, os trabalhos foram encerrados em 2009.

Se na esfera federal a participação na elaboração do PPA ainda não se concretizou, alguns estados da federação já adotaram o modelo, entre eles, o estado da Bahia.

Em 2007 o Partido dos Trabalhadores venceu a eleição para o governo do estado da Bahia, tendo sido reeleito em 2011. Desde o início de sua gestão, o governo Wagner vem institucionalizando mecanismos legais que ampliam a participação popular na formulação das políticas públicas. Um exemplo é o processo participativo de formulação do Plano Plurianual, denominado PPA P, pelo qual a sociedade baiana contribui na definição das diretrizes que orientam a agenda das políticas públicas ao longo de uma gestão determinada.

13 MORONI, J.A. y In. AVRITZER, L. (org.) *Experiências nacionais de participação social*. São Paulo: Cortez, p. 117-140. 2009.

14 Idem.

2 O PPA P NA BAHIA

Este trabalho investiga o processo de criação de mecanismos institucionais do Plano Plurianual Participativo no estado da Bahia. O objetivo é descrever as institucionalidades estabelecidas pelo Executivo e seu modo de funcionamento e apontar alguns pontos e fortes do processo.

A metodologia empregada foi a qualitativa, baseada na análise de documentos públicos, como decretos e material informativo da Secretaria de Planejamento do Estado da Bahia – SEPLAN –, órgão responsável pelo gerenciamento do PPA P. Outra técnica adotada foi a entrevista em profundidade com três técnicos da SEPLAN, os quais participaram diretamente do PPA P 2008-2011 e também na segunda edição, referente a 2012-2016. Um deles foi o superintendente de gestão e avaliação, o outro, o especialista em políticas públicas dessa mesma Superintendência e o terceiro, técnico da Diretoria de Desenvolvimento Territorial.

3 GESTÃO DEMOCRÁTICA NA BAHIA

O superintendente de Gestão e Avaliação explicou que a implementação do PPA P na Bahia deve-se, entre outros fatores, ao fato de o governador ter vivenciado a tentativa no governo federal, no qual exerceu função pública.

Em material institucional distribuído pelo governo estadual sobre o PPA Participativo, o PPA é descrito como um plano pelo qual o governo define suas diretrizes e programas para os próximos quatro anos, o qual é apreciado pela Assembleia Legislativa. Para elaborar o PPA, o governo do estado realiza o PPA Participativo, o qual pode ser definido como um processo de diálogo entre governo e grupos da sociedade. O governo apresenta suas diretrizes à sociedade e ouve suas necessidades, problemas e soluções, os quais podem ser incluídos nos programas governamentais. Esse documento ainda explica que, para o Plano de 2008 e 2011, foram realizadas reuniões nos 26 Territórios de Identidade, resultando em oito mil propostas. Os encontros em todos os territórios permitiram a manifestação das singularidades da população baiana, contribuindo para que o planejamento do desenvolvimento do estado se alicerçasse sobre bases mais consistentes, considerando os elementos da realidade social. A realização do PPA Participativo é associada ao compromisso do governo do estado com a inclusão e justiça social, ao projeto de consolidar a democracia cidadã com transparência e participação social.

Segundo o superintendente de gestão e avaliação, para o Plano de 2008-2011 foram realizadas plenárias em 17 Territórios de Identidade, com cerca de 800 participantes em cada uma delas, resultando em oito mil propostas. Ele ressaltou que houve pouco tempo para o processamento das propostas pela Seplan e a distribuição para todas as secretarias. Apesar das dificuldades, o entrevistado salientou a inovação institucional desse processo.

A partir da gestão que se iniciou em 2003, o estado da Bahia está dividido em Territórios de Identidade, definidos como espaços de formulação e execução de políticas públicas. A princípio perseguiu-se a divisão adotada pelo Ministério de Desenvolvimento Agrário para os territórios de cidadania, somando 13 territórios. Em 2010, ano do Decreto Oficial que institui o Programa Territórios de Identidade, já havia 26. Atualmente, o estado se compõe de 27 Territórios. Para a compreensão do mecanismo do PPA Participativo, faz-se necessário explicar o Programa Territórios de Identidade.

3.1 TERRITÓRIOS DE IDENTIDADE NA BAHIA

O objetivo da divisão do estado em Territórios de Identidade é contemplar as diversidades econômicas, geográficas, sociais e culturais das diversas regiões do extenso estado baiano no planejamento do desenvolvimento. Duarte (2009) explica que essa divisão difere da empregada pelo IBGE, baseada em regiões organizadas pelo viés econômico, as quais servem de base para formulação de políticas públicas e de organização de dados estatísticos. Esse autor acrescenta que os Territórios não se explicam apenas por critérios objetivos, mas pelo modo como a população elabora a sua identidade, os seus sentimentos de pertencimento e destinos. Duarte destaca relevância dos laços cotidianos na estruturação dos territórios.

As reflexões de Milton Santos (2000) são referência para o conceito de Território de Identidade na Bahia. Desse autor destacamos o argumento de que o território é um cenário onde os sentimentos das pessoas em relação ao lugar em que vivem – onde produzem, se reproduzem, manipulam elementos culturais, materiais e espirituais – se articulam com o pertencimento e a identidade.

Os conceitos que envolvem e explicam os Territórios de Identidade do Ministério de Desenvolvimento Agrário (MDA) merecem ser esclarecidos, em virtude da influência exercida sobre o programa do governo baiano.

Sobre a política desenvolvida pelo MDA, Perico¹⁵ destaca a multidimensionalidade do território, abrangendo a dimensão econômica (associado ao uso dos recursos locais), sociocultural (relacionado à equidade, com a participação política de todos e respeito a valores e diversidade), político-institucional (vinculado à construção e renovação de instituições democráticas) e ambiental (apoiado no princípio de sustentabilidade dos recursos naturais, na vida das gerações futuras).

Esse mesmo autor explica que o conceito de cultura adotado pela política se inspira nas reflexões do antropólogo Geertz, para quem ela representa sistemas simbólicos compartilhados por diversos membros da sociedade, os quais ordenam “comportamentos, valores e manifestações expressando unidade e coesão social”.¹⁶

Identidade, por sua vez, ancora-se nas reflexões do sociólogo Castells, para quem ela é fonte de significado para os “próprios autores”, elaborado ao longo do processo de “individualização”, trazendo significados históricos e orientando os indivíduos em suas vidas. Perico destaca tratar-se de um processo relacional, localizado em um determinado contexto, como ensina Geertz¹⁶.

A partir das colocações de Perico, concluímos que o conceito de Território de Identidade é bastante abrangente, proporcionando uma complexidade de elementos que orientam a elaboração e implementação das políticas públicas. Isso porque ele contempla um espaço determinado, onde as relações entre os cidadãos são construídas durante o movimento de produção econômica, cultural, geográfica, religiosa, política, histórica, enfim, de todas as facetas dos seres. Desse modo, as especificidades de cada região da Bahia podem ser manifestadas e consideradas no planejamento e execução das políticas, resultando em ações mais eficientes e, sobretudo, democráticas.

O Programa Territórios de Identidade foi instituído pelo Decreto N. 12.354 de 25 de agosto de 2010, com a finalidade de promover o desenvolvimento econômico e social dos Territórios de Identidade na Bahia. O decreto define Território de Identidade como “agrupamento identitário municipal, formado de acordo com critérios sociais, culturais, econômicos e geográficos, e reconhecido pela sua população como espaço historicamente construído ao qual pertence, com identidade que amplia as possibilidades de coesão social e territorial”. O Decreto estabelece que a Secretaria de Planejamento é responsável pela coordenação do programa, devendo desenvolver o planejamento territorial de políticas,

15 PERICO, R. E. *Identidade e território no Brasil*. Brasília. Instituto Interamericano de Cooperação para a agricultura, 2009.

16 Idem, p. 61-62.

ampliar a participação social na gestão das políticas, valorizando a diversidade cultural, econômica, social e geográfica.

Criou-se o Conselho Estadual de Desenvolvimento Territorial (CEDETER), como um fórum consultivo permanente, para subsidiar a elaboração de políticas públicas territoriais, alicerçadas na proposta de desenvolvimento sustentável, em permanente diálogo com instituições públicas, entidades da sociedade civil e Colegiados Territoriais. O CEDETER, entre outras competências, é responsável pela homologação dos Colegiados Territoriais de Desenvolvimento Sustentável (CODETER), os quais são definidos como fóruns consultivos de discussão local de ações e projetos de desenvolvimento territorial, composto paritariamente por representantes do poder público estadual e municipal, pela sociedade civil organizada.

O CEDETER é composto por representantes das secretarias de Planejamento, Desenvolvimento e Integração Regional, Saúde, Educação, Cultura, Desenvolvimento Urbano, Relações Institucionais, Agricultura, da Delegacia Estadual do Ministério do Desenvolvimento Agrário, do Ministério de Integração Regional e de representantes do CODETER.

Podemos, então, observar que a composição desses dois conselhos, responsáveis pelo planejamento do desenvolvimento dos territórios, é ampla, com espaço para representação da sociedade civil dos territórios. Esse desenho se associa à proposta do institucional da atual gestão busca de garantir espaços para a participação da sociedade civil nas decisões das políticas públicas.

3.2 OS MECANISMOS INSTITUCIONAIS DO PPA PARTICIPATIVO

A breve descrição do Programa Territórios de Identidade na Bahia possibilita a melhor compreensão do PPA Participativo, pois este último se vincula ao Programa dos Territórios, uma vez que o planejamento territorialmente. Além disso, as discussões do PPA Participativo ocorrem de quatro em quatro anos e elas não estão desvinculadas das frequentes atividades do Programa Territórios de Identidade. Como observamos, os mecanismos institucionais do PPA Participativo se entrecruzam com os do Programa dos Territórios.

O Decreto N. 11.123 de 30 de Junho de 2008 instituiu o Conselho de Acompanhamento do Plano Plurianual (CAPP) – PPA 2008-2011 – para subsidiar e aconselhar o governo do estado na execução do referido PPA e propor ajustes necessários. O CAPP se compõe de representantes governamentais (Secretário de Planejamento e Secretário de Relações

Institucionais) e de representantes da sociedade civil (dois representantes de cada um dos 26 Territórios de Identidade).

Os representantes da sociedade civil no CAPPa devem reunir-se nos Territórios para acompanhar as ações em cada um deles e reproduzir no Território de Identidade as diretrizes estabelecidas pelo Conselho.

Desse modo, constatamos que os membros do CODETER participam do CAPPa, acompanhando a execução do PPA, o qual foi discutido pelos representantes de entidades em cada território.

O Caderno do PPA-P 2012-2015 relata que, após o primeiro PPA-P, em 2007, outros processos de consulta à sociedade civil foram realizados no estado, como as conferências de cultura, educação, direitos humanos, comunicação, juventude e igualdade racial. Além disso, aconteceram os diálogos territoriais, entre os meses de abril e junho de 2010, promovidos pelo CAPPa e pela Coordenação Estadual dos Territórios (CET). O objetivo dos diálogos foi aprofundar a discussão da política territorial, intensificar a integração dos membros do CAPPa aos colegiados territoriais e prestar contas das ações do governo aos Territórios, inclusive a apresentação da execução de demandas do PPA-P pelo governo.

O PPA Participativo (PPA-P) de 2012-2015 foi instituído pelo Decreto 12.578, de 8 de fevereiro de 2011, com o objetivo de construir um relatório de escuta social para contribuir na elaboração do referido PPA. O decreto estabelece sete etapas para o PPA Participativo, a saber: a) “elaboração de matriz de desenvolvimento estratégico, com definição de pauta de discussão a ser utilizada como referência no processo de escuta social”; b) criação de Grupos de Trabalhos Territoriais (GTT) para fomentar a escuta social; c) realização de encontros para apresentar a metodologia do PPA-P e alinhamento com o CAPPa 2008-2011 e com o CEDETER; d) capacitação dos GTTs para aplicar a metodologia nos territórios; e) realização das plenárias, entre os meses de abril e maio de 2011, nos 26 Territórios. O PPA-P deverá considerar os planos de desenvolvimento de longo prazo do estado e o território de identidade como espaço de representação para a contribuição social.

Esse último decreto esclarece a vinculação do PPA-P com o projeto dos Territórios de Identidade e a forma como os mecanismos são compartilhados. Assim, observamos que as discussões e ações do PPA-P, a cada quatro anos, só se tornam possíveis em virtude da estrutura que vai sendo organizada, perenemente, no desenvolvimento da metodologia dos Territórios de Identidade.

Como vimos, nesse segundo processo participativo do PPA foi criado o GTT. O superintendente de Gestão e Avaliação explicou a importância da atuação desse grupo, composto por indivíduos que residem no território, membros da sociedade civil e também de órgãos públicos, os quais ofertaram automóvel e combustível para as mobilizações locais. Mais especificamente, os GTTs tinham como membros, em cada território, integrantes do CAPPa, do CEDETER, assim como da diretoria regional de saúde (DIRES), diretoria regional de educação (DIREC) e da Empresa Baiana de Desenvolvimento Agrícola (EBDA). Em virtude de serem moradores do território, o entrevistado explicou que esses integrantes conheciam a dinâmica local. Foi realizado um evento de dois dias em Salvador, reunindo as 234 pessoas que compuseram os GTTs dos 26 territórios. No encontro foram desenvolvidos seminários e oficinas para definir os núcleos temáticos do PPA-P. Os integrantes discutiram, opinaram e validaram a metodologia. Depois desse encontro, eles se encaminharam para seus territórios para convocar e mobilizar as entidades para a discussão do PPA-P e realizar as plenárias, que reuniram cerca de 250 pessoas em cada território.

No encontro para os integrantes dos GTTs de todos os territórios foram definidos os três eixos estruturantes do PPA-P, com seus respectivos núcleos temáticos e seus respectivos temas. Abaixo, são listados os eixos e temas:

Eixo 1 – Inclusão Social e Afirmação de Direitos (políticas sociais e afirmação de direitos)

Núcleos: Educação, Educação, Saúde, Inclusão social, Infraestrutura social, Igualdade de direitos humanos da igualdade racial;

Eixo 2 – Desenvolvimento sustentável e infraestrutura para o desenvolvimento (ações para garantir expansão e empreendimentos das atividades sociais para geração de riquezas de forma sustentável)

Núcleos: Cadeias e redes produtivas (indústria, comércio, serviços e mineração); Agropecuária; Meio Ambiente; Ciência, Tecnologia e Inovação; Turismo, Cultura.

Eixo 3 – Gestão democrática do Estado (busca a transparência, a participação e o diálogo social e implantação de gestão por resultado).

Núcleos: Planejamento e gestão governamental; gestão de serviços do Estado; Gestão financeira; Gestão de pessoas; Participação e controle social.

As propostas apresentadas nas plenárias foram avaliadas pela Seplan para a (não) validação. O especialista em políticas públicas explicou os principais aspectos considerados para a validação da proposta.

Em primeiro lugar, ela deve ser clara, bem definida, mensurável e não genérica. Ela deve se ajustar aos propósitos já firmados no Plano

Plurianual, não podem envolver outro ente federativo, além do estado da Bahia. São rejeitadas as que possuem redações confusas e as que já foram contempladas em outras propostas.

Segundo o entrevistado, após a validação, as propostas são sistematizadas em eixos, núcleos temáticos e temas. Daí, elas são encaminhadas para as respectivas secretarias, que analisam e definem pela inclusão ou não em seu planejamento. As secretarias reenviam o planejamento para a Seplan, que organiza e finaliza o PPA e o envia para apreciação do Legislativo.

Segundo o entrevistado, no PPA P 2012-2015, entre as principais demandas dos territórios, destacaram-se os concursos para servidores públicos e ações para a educação profissional.

Ainda merece registro o Plano Bahia 2023, pelo qual o governo visa traçar planejamento de longo prazo para o estado, em data que celebra 200 anos de luta contra a dominação colonial. Esse Plano oferece subsídios para os PPAs, a fim de que, perenemente, sejam construídas as bases para a realização do planejamento pretendido para 2023. Esse plano envolve as diversas secretarias de estado e o Conselho de Desenvolvimento Econômico (CODES). Foram realizados vários seminários “Pensar a Bahia”, a fim de refletir e construir as estratégias as diretrizes do Plano.

Como podemos observar, o PPA-P é parte de um complexo mecanismo de planejamento de desenvolvimento do estado, sendo que todos se assentam em propostas de participação da sociedade civil, contribuindo, assim, na construção de instituições de uma gestão democrática.

4 A EXPERIÊNCIA DO PPA-P PELOS TÉCNICOS DA SEPLAN

Os entrevistados relataram suas experiências no processo de organização e execução da escuta e da sistematização das propostas nos territórios. Todos eles participaram ativamente no PPA-P. O objetivo das entrevistas foi levantar informações sobre o PPA-P, uma vez que esse é ainda um processo bastante recente, sobre o qual há pouco material publicado. Assim, nesse momento, parece essencial recuperar e registrar a curta história do PPA-P a partir de seus executores.

4.1 IMPLANTAÇÃO DO PPA-P

Segundo o técnico da Diretoria de Planejamento Territorial o CEDETER é um instrumento de gestão da dinâmica dos territórios e que também opera como espaço de concertação social. Ele explica que os

Conselhos Territoriais, base da política territorial, não são institucionais, portanto, não se submetem ao Estado, guardando a autonomia de suas ações.

O entrevistado da Superintendência de Gestão e Avaliação concluiu que o elevado número de participantes no primeiro PPA-P, 2007, não foi opção muito eficiente para a construção de propostas, pois foi difícil ouvir a todos. Apesar disso, ele destacou o valor simbólico dessa grande reunião, a primeira oportunidade da população baiana para colocar suas necessidades, se fazer ouvir pelo Estado, registrando, inclusive, a presença do governador em algumas plenárias. No segundo PPA-P houve mais tempo para organização, então foram efetuadas mudanças positivas como, concluiu ele, como a criação do GTTe a limitação de participantes - para 250 pessoas - garantindo debate de melhor qualidade. O superintendente realçou a motivação dos agentes envolvidos, elemento que ele avalia como fundamental para o sucesso da empreitada.

O entrevistado assinalou o problema dos custos envolvidos num processo democrático como esse, os quais puderam ser enfrentados com o apoio dos órgãos públicos envolvidos no GTT. Pois eles dispensaram servidores para atuarem moderadores, financiaram as diárias e transporte ao longo do processo Do PPA P. O entrevistado respondeu a pergunta sobre o preço da gestão democrática, concordando que se trata de uma opção que envolve custos para o Estado. Ou seja, criar mecanismos de participação e operar para que eles possam ser ocupados pela sociedade civil exige investimentos, inclusive, financeiros da administração. Afinal eles exigem planejamento, acompanhamento da gestão, execução, capacitação de recursos humanos. Enfim, uma engenharia administrativa.

4.2 PROBLEMAS DO PPA-P

Para o entrevistado da Diretoria de Planejamento, a participação social é mais intensa nos territórios onde há empresas como a Codefasf ou Chesf, as quais promovem ações que despertam a organização social. De qualquer modo, ele assinalou a necessidade de implantação de uma política de longo prazo para capacitação e formação de lideranças territoriais, a fim de operar mudanças de mentalidade e despertar o interesse na participação.

O especialista em políticas públicas informou que os grupos mais bem organizados, já atuantes, costumam fazer propostas mais objetivas e com viés territorial, tendo, assim, maior chance de serem validadas. Observamos, então, que a experiência da organização e do trabalho

coletivo pode influenciar na capacidade de o grupo conseguir introduzir sua proposta e tornar coletivo os seus interesses. Em contraste com os grupos pouco organizados, ainda focados em objetivos individuais, de alcance restrito.

Para o entrevistado da Superintendência, um dos principais problemas apontados em relação ao PPA-P é o fato de as secretarias ainda não operarem na divisão dos territórios, mantendo desenhos antigos. Assim, a secretaria da educação, por exemplo, se divide em diretorias cuja divisão se colide com os Territórios de Identidade. A consequência é que as ações de uma diretoria atingem municípios de diferentes territórios. A incompatibilidade da divisão regional dificulta a execução de programas territoriais. Outro aspecto é a resistência de alguns prefeitos que consideram o PPA-P um projeto da esquerda. O fato é que ainda há muitos desafios a serem vencidos e o lento processo de construção dos projetos democráticos provoca um descompasso, contou o especialista em políticas públicas, entre as dificuldades da burocracia e pressão da sociedade para participar.

O superintendente de Gestão assinalou como um dos principais problemas no processo do PPA-P uma cultura tradicional de parte dos funcionários, que implica em hábitos que impõem alguns obstáculos ao bom desempenho do projeto. Isso porque o gestor pode sentir que a participação popular ameaça a sua autoridade na administração. Essa autoridade derivaria da detenção de um conhecimento hegemônico. O modelo participativo, ao contrário, requer gestores capazes de dialogar, de aprender com os grupos sociais.

O especialista em políticas públicas também comentou o descompasso de funcionários que resistem aos padrões mais abertos à participação democrática, procurando manter lógicas conservadores. Segundo ele, esse é um entrave para a ação das secretarias estaduais. A secretaria da cultura foi apontada como a única que aderiu integralmente às propostas da gestão participativa e do programa dos Territórios de Identidade.

4.3 ASPECTOS POSITIVOS DO PPA-P

Para o entrevistado da Diretoria, com o PPA-P - e todos os outros projetos relacionados ao Programa dos Territórios de Identidade - o estado da Bahia vive um processo pioneiro de criação e consolidação de gestão democrática. Afinal a Bahia foi o primeiro estado brasileiro que criou mecanismos institucionais legais que garantem canais de participação na elaboração do planejamento.

O especialista em políticas públicas conclui que as políticas do governo exercem efeitos sobre a população, incidindo nas suas demandas. Isso porque, entre as propostas comuns em vários territórios, destacam-se algumas que já são objeto de ação do estado, como as políticas contra o analfabetismo e a educação profissional. Essa coincidência sugere que a população concordou com relevância dos investimentos, solicitando a sua continuidade e/ou incremento. Outro aspecto interessante, esclarecido pelo entrevistado, é o destaque das demandas por controle social. Ou seja, o exercício participativo pode estar estimulando o interesse dos grupos sociais pelo acompanhamento das ações do governo. No mínimo, a proposta do PPA-P parece se ajustar às expectativas de parcelas da população.

Segundo o superintendente de Gestão e Avaliação, o PPA-P não se encerra com os eventos nos Territórios. Isso porque há o acompanhamento da gestão e também o retorno de equipes da Seplan aos locais, para prestação de contas. Esse retorno foi apontando como um processo de aprendizado tanto para o governo como para a sociedade. Isso porque a gestão democrática sucede muito anos de governos abertos à participação da sociedade baiana.

Outro destaque desse entrevistado é a valorização da população em relação aos equipamentos e serviços que lhe são colocados à disposição, uma vez que ela mesma participou do planejamento das ações.

O especialista em políticas públicas avaliou que o processo participativo é interessante economicamente. Isso porque o governo tem condições de elaborar ações vinculadas às reais necessidades do local. O processo de escuta social desvenda os aspectos do contexto onde a ação será desenvolvida. Desse modo, o planejamento pode aproximar-se mais das necessidades e responder melhor às demandas, tornando-se mais eficiente.

Uma relevante repercussão do PPA-P, para o superintendente, é a diferença desse mecanismo de participação em relação ao Orçamento Participativo. Pois no PPA-P “estou discutindo com a sociedade um horizonte de quatro anos, estou analisando um aspecto macroeconômico, macropolítico, ambiental, social, estou falando de política pública, de propostas para o Território de Identidade, a população percebeu de maneira clara, não estamos discutindo política local, do ponto de vista do município. Foco no território, portanto na cooperação, não na competição”. Ele ainda conclui “você interage com a população do ponto de vista das políticas de médio e longo prazo, saindo da demanda pontual e imediata”.

Em suma, podemos observar que o processo do PPA-P traz contribuições para a cooperação dentro da máquina pública, assim como desempenha um caráter educativo para a população, fazendo-a sentir participantes das políticas e, até mesmo, da importância do planejamento em longo tempo e larga escala.

5 CONCLUSÕES

O levantamento dos documentos e a análise do conteúdo das entrevistas com os técnicos da Seplan revelam que a execução do PPA Participativo na Bahia exige investimentos de recursos financeiros, humanos e, sobretudo, de tecnologia administrativa. O objetivo de ampliar a participação social se expressa nas ações do governo nos diversos campos. Os obstáculos, como se poderia supor, não são insignificantes. Talvez um dos principais pontos seja a resistência em setores dentro do próprio governo às novas tendências de planejamento territorial e à gestão participativa. Após anos de gestões conservadoras, parece comum que muitos servidores se oponham à mudança de comportamento. As divisões geográficas das secretarias ainda são influenciadas por padrões antigos. Nesse ponto, vale ressaltar que os desajustes nas divisões territoriais entre os vários setores do governo não uma exclusividade do estado da Bahia. Ao contrário, por todo o país observamos que os mapas de diferentes setores nem sempre coincidem, impondo obstáculos à intersectorialidade, como saúde e educação, segurança etc.

Esse trabalho apresenta somente os primeiros resultados de um trabalho que ainda deve ser aprofundado. Porém, ele busca esclarecer os leitores, de forma sintética, as institucionalidades criadas para a efetivação de uma gestão democrática. Além do mais, aponta alguns problemas para execução do processo, levantando questões para as próximas etapas da pesquisa.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, L. *Sociedade civil e participação no Brasil democrático*. In: _____ (org.). *Experiências nacionais de participação social*. SP: Cortez, p. 27-53, 2009.

_____. Reforma política e participação no Brasil. In: _____ e ANASTASIA, F. (orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UMFG, p. 35-44. 2006.

_____. Teoria democrática, esfera pública e participação local. *Sociologias*, Porto Alegre, ano , n. 2, p. 18-43, jul./dez. 1999.

DAGNINO, E. Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando. In: MATO, D. (coord) *Política de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización*. Caracas: FACES: Universidad Central de Venezuela, 2004.

DUARTE, J.C. S. Território de identidade e multiterritorialidade, paradigmas para a formulação de uma nova regionalização na Bahia. In *V Encontro Multidisciplinar de Cultura, 2009*. Trabalhos apresentados. Salvador, 27 a 29 de maio de 2009.

GUIMARÃES, J.R. Culturas brasileiras e participação democrática. In: AVRITZER, L. (org.) *Experiências nacionais de participação social*. SP: Cortez, pp. 13-25, 2009.

JACOBI, P. Poder local, políticas sociais e sustentabilidade. *Saúde e Sociedade*, v. 8, n. 1, p. 31-48, 1999.

MORONI, J.A. O direito à participação no governo Lula. In: AVRITZER, L. (org.) *Experiências nacionais de participação social*. São Paulo: Cortez, 2009.

PAES, A.P.P de. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. *RAE*, v. 45, n.1, jan/mar, p. 36-45, 2005.

PERICO, R.E. *Identidade e território no Brasil*. Brasília: Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura, 2009.

SANTOS, M. *Território e sociedade, entrevistas com Milton Santos*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

ANÁLISE DA REPRODUÇÃO DO MODELO FEDERAL DAS PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM AS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR NOS ESTADOS DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA¹

THE REPRODUCTION OF THE FEDERAL LEGAL MODEL OF PARTNERSHIPS BETWEEN PUBLIC ADMINISTRATION AND NON PROFIT ORGANIZATIONS REGARDING MEMBER STATES OF THE BRAZILIAN FEDERATION

Maria Tereza Fonseca Dias

Professora do Departamento de Direito Público da UFMG e dos cursos de graduação e pós-graduação Stricto Sensu da Universidade Fumec. Pesquisadora de Produtividade do CNPq. Mestre e doutora em Direito Administrativo pela UFMG

Janaína Diniz Ferreira de Andrade

Advogada. Pós-graduanda em Direito Tributário pelo CAD/Universidade Gama Filho Foi bolsista de Iniciação Científica do CNPq.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Marco Jurídico Do Terceiro Setor no Âmbito da Legislação Estadual; 1.1 Acre; 1.2 Alagoas; 1.3 Amapá; 1.4 Amazonas; 1.5 Bahia; 1.6 Ceará; 1.7 Distrito Federal; 1.8 Espírito Santo; 1.9 Goiás; 1.10 Maranhão; 1.11 Mato Grosso 1.12 Mato Grosso do Sul;

¹ Este trabalho foi apresentado no III Seminário Democracia, Direito e Gestão Pública, realizado em Brasília, em 24/11/2011, promovido pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e IPEA com a parceria da Escola da AGU.

1.13 Minas Gerais; 1.14 Pará; 1.15 Paraíba; 1.16 Paraná; 1.17 Pernambuco; 1.18 Piauí; 1.19 Rio de Janeiro; 1.20 Rio Grande do Norte; 1.21 Rio Grande do Sul; 1.22 Rondônia; 1.23 Roraima; 1.24 Santa Catarina; 1.25 São Paulo; 1.26 Sergipe; 1.27 Tocantins; 2 Quadro Síntese das Legislações Estaduais Vigentes; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: A pesquisa realizada objetivou compreender se a diversidade de qualificações jurídicas conferidas pela União às entidades privadas sem fins lucrativos (Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil e Entidades Declaradas de Utilidade Pública) e se as falhas da legislação federal também se reproduzem na legislação dos Estados-membros da federação brasileira e do Distrito Federal.

Da síntese dos dados obtidos nos 27 entes federados estudados, observou-se que: 17 editaram legislações específicas sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais (63%); 14 sobre Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (52%); 10 sobre as duas espécies citadas (37%) e apenas 6 não legislaram sobre a matéria (22%).

Observou-se que as leis estaduais estudadas reproduzem as leis federais quanto aos tipos qualificações jurídicas dadas às organizações privadas, bem como suas incongruências.

Exceção encontrada quanto aos tipos de qualificações jurídicas na legislação dos estados-membros, a exigir aprofundamento de estudos, refere-se ao número reduzido de leis sobre as entidades declaradas de utilidade pública. O levantamento demonstrou que ela foi editada somente nos Estados de Minas Gerais e Roraima. Esse fato revela que pouca atenção tem sido dada, pelo legislador, a esse modelo de parceria em que pese tratar-se da modalidade de parceria entre as entidades do terceiro setor e a Administração Pública mais consolidada na prática administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Terceiro setor. Parcerias privadas com a Administração Pública. Legislação estadual. entidades privadas sem fins lucrativos. Marco Jurídico do terceiro setor

ABSTRACT: The research aimed at understanding if the diversity of legal qualifications conferred by the Federal Government to private nonprofit organizations (named “Social Organizations”; “Civil Society Organizations of Public Needs” and “Organizations of Public Utility”) and the inconsistencies of federal law also appear in the legislation of member states of the Brazilian federation.

The empirical data collected under the laws of 27 member states of the Brazilian federation, including Federal District (Brasília), showed that: 17 members (63%) edited specific legislation concerning “Social Organizations”; 14 members (52%) edited specific legislation concerning “Civil Society Organizations of Public Needs”; 10 members (37%) edited specific laws on the two qualifications mentioned; and only 6 states (22%) have no legislation on the subject.

The study showed that the legislation of member states studied reproduce the content of federal laws regarding the types of legal qualifications given to nonprofit organizations, as well as their inconsistencies.

One exception was found in the types of legal qualifications attributed by the legislation of member states: the small number of laws concerning “Organizations of Public Utility”. The empirical data collected showed that such legislation was edicted only in the states of Minas Gerais and Roraima. This situation reveals that little attention has been given, by the Legislature, to this partnership model in spite of the fact that it is the most consolidated form of third sector partnerships with Public Administration in administrative practice.

KEYWORDS: Third sector. Private partnerships with Public Administration. Legislation of member states of the Brazilian federation. private nonprofit organizations. legal standpoint of the third sector

INTRODUÇÃO

O fenômeno das parcerias da Administração pública com as entidades do terceiro setor tem se tornado cada vez mais freqüente nas últimas décadas e são múltiplos os fatores de seu recrudescimento.²

Duas ordens complexas de indagações têm orientado os estudos sobre o tema, que ensejam verificar os processos de legitimação e de regulação das ações da administração pública em face da sociedade civil³. Tais processos estão intimamente ligados às novas relações entre os sistemas sociais, destacando-se o sistema administrativo (administração e governo) e a sociedade.

2 Os principais fatores correlacionados ao recrudescimento do terceiro setor no momento contemporâneo são: a) redefinição do papel do Estado e fortalecimento da idéia de estado subsidiário; b) globalização; c) ineficácia/ineficiência da administração pública e a necessidade de reforma do aparelho do Estado; d) reconstrução da idéia de sociedade civil; e) mudanças processadas no modelo capitalista, no perfil do mercado, no setor privado e, conseqüentemente, nas empresas; f) nem o Estado é suficiente, nem o mercado; g) importância econômica do terceiro setor; h) revisão da idéia de democracia. Cf. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008

3 DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008

No âmbito da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Jürgen Habermas⁴, por intermédio da legitimação, a atuação da administração pública é programada pela esfera pública política e pelo complexo parlamentar, permeado pelos anseios da sociedade civil. No processo de regulação, a Administração faz valer o seu poder legítimo na implementação de políticas públicas.

Quando se trata da transferência de atividades anteriormente desempenhadas diretamente pelo Estado, deve surgir, concomitantemente, um estado regulador⁵, com força coercitiva direcionada à plena consecução dos objetivos transferidos às entidades privadas sem fins lucrativos, sobretudo no que diz respeito à implementação de políticas públicas.

Outra questão que permeia a realização de estudos nesta esfera diz respeito à noção de governança social⁶, pois os membros da sociedade passam a ter papel ativo na propositura, execução e controle das políticas públicas⁷. As reformas legislativas sobre o setor sem fins lucrativos promovidas na última década, nas temáticas de sua abrangência, atividades de atuação, mecanismos de fomento e controle, podem, ao mesmo tempo, aprimorar a governança, fortalecer a sociedade civil e melhorar as prestações sociais aos cidadãos.

Em estudo anterior realizado, com base na legislação federal, concluiu-se que esta ainda não conseguiu construir o conceito jurídico de terceiro setor. Não são definidas as entidades que o compõem, muito menos foram determinados os critérios necessários para que certos tipos de entidades privadas sem fins lucrativos, constituídas sob a égide da legislação civil, possam fazer parte do setor público não estatal.

A diversidade de entidades previstas no direito pátrio, os requisitos inadequados e inconsistentes de qualificação e a estrutura administrativa reservada a essas atividades em âmbito federal (pulverizada e não centralizada) foram os principais problemas encontrados para a configuração jurídica legítima do terceiro setor. Mesma conclusão

4 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

5 A utilização da terminologia “regulação” nesta oportunidade não se assemelha à distinção entre regulamentação (expedição de regulamentos pelo Chefe do Poder Executivo) e regulação (ato regulatório expedido por agências reguladoras), que tem sido feita por parte da doutrina administrativista pátria após o advento das agências reguladoras — autarquias especiais investidas de competências para atuação setorial mas relaciona-se ao conceito integrante da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia.

6 CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005.

7 LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

foi apresentada em estudo realizado para a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.⁸

O processo legislativo de elaboração das legislações incidentes sobre as entidades do terceiro setor no Brasil, após a década de 1990, sofreu fortes influências da legislação e de experiências estrangeiras, o que comprova, sob o prisma da legitimidade, sua desconformidade com a Constituição da República de 1988. Mesmo naqueles casos em que houve discussão pública sobre as propostas legislativas, como ocorreu com as OSCIPs, tem-se que o produto final apresentado na proposta legislativa levada para votação não correspondeu fielmente àquele construído nas diversas rodadas de interlocução política realizadas.

A dicotomia resultante das últimas reformas legislativas entre entidades assistencialistas e filantrópicas (tradicionais) e entidades político-mobilizadoras (atuais) pode ser considerado entrave de natureza sociológica e política para a construção de novos debates sobre o tema, iniciados pelo Conselho da Comunidade Solidária em 1997.

As propostas de alterações legislativas recentes sobre o tema, sejam aquelas sugeridas pela doutrina⁹ sejam as oriundas de experiências estrangeiras ou do parlamento, refletem a necessidade de um novo marco legal que atenda às expectativas de todos os partícipes: Estado, entidades do terceiro setor, sociedade civil não integrante do terceiro setor e mercado.

Entre os elementos de mudança e da construção da pauta legislativa sobre o tema, deve-se atentar para o fato de que são vários os níveis hierárquicos das normas que necessitam de alteração (constitucionais, ordinárias, decretos e regulamentos federais) e ainda os das entidades federativas autônomas: Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. E que as legislações da União exercem, no nosso modelo de federalismo centralista e com número de competências exaustivas concentradas no âmbito federal, influências nas legislações dos Estados-membros e Municípios, conforme já corroborado por estudo¹⁰ da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento nesta seara¹¹.

A proposta do estudo foi construída com base na seguinte indagação: na legislação dos Estados-membros da federação brasileira, a configuração do marco jurídico das parcerias da administração pública com as entidades do terceiro setor, reproduz o modelo federal?

8 OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.). *Estado Democrático de Direito e Terceiro Setor*. Série Pensando o Direito n° 16/2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 27 ago. 2010.

9 DIAS, 2008; OLIVEIRA, 2009.

10 BRASIL. Ministério do Planejamento. Secretaria de Gestão. *Relações de parceria entre poder público e entes de cooperação e colaboração no Brasil*. Disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br>> Acesso em: set. 2010.

11 O estudo não considerou, entretanto, a legislação sobre entidades declaradas de utilidade pública.

Assim, a pesquisa realizada objetivou compreender, a partir das noções de setor público não-estatal e governança social, se as incongruências encontradas na legislação federal acerca das parcerias das entidades do terceiro setor com a administração pública também se reproduzem na legislação dos Estados-membros da federação brasileira.

Do ponto de vista metodológico, o trabalho foi desenvolvido sob a perspectiva crítico-metodológica¹², pois compreende o Direito como uma rede complexa de linguagens e de significados. No âmbito dessa vertente, o estudo a ser desenvolvido trabalhou, notadamente, com a abordagem dogmático-jurídica. Essa vertente desenvolve investigações com vistas à compreensão de redes normativas, objetivando uma avaliação das estruturas internas do ordenamento jurídico brasileiro. A partir destas indicações metodológicas, foi realizado o levantamento da legislação dos Estados-membros da federação brasileira acerca do tema nos *sites das Assembléias Legislativas e do Poder Executivo, conforme o caso, de cada estado-membro da federação. Após o levantamento dos dados foi empreendida a análise comparativa destas legislações para verificar as espécies de qualificações jurídicas e requisitos para esta qualificação que os Estados-membros conferem às entidades sem fins lucrativos em âmbito regional com base na legislação federal*¹³, conforme será visto adiante.

A pesquisa vem sendo constantemente atualizada porquanto, mesmo após a apresentação dos primeiros resultados, alguns estados editaram novas legislações acerca dos requisitos de qualificação das entidades de terceiro setor em sua esfera de atuação.

1 MARCO JURÍDICO DO TERCEIRO SETOR NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL

1.1 ACRE

Constatou-se que o Estado do Acre, embora venha declarando de utilidade pública, por lei, diversas entidades sem fins lucrativos¹⁴,

12 Para essa vertente metodológica de pesquisa o pensamento jurídico é tópico e não dedutivo, é problemático e não sistemático, insere-se na versão postulada pela teoria do discurso e pela teoria da argumentação jurídica. (GUSTIN; DIAS, 2010)

13 No âmbito federal, as qualificações jurídicas atribuídas às entidades privadas sem fins lucrativos integrantes do terceiro setor e legislação correlata são as seguintes: Declaração de utilidade pública (Lei n. 91, de 28 de agosto de 1935); Certificado de entidade de fins filantrópicos – CEFF (Lei n. 8.742, de 8 de dezembro de 1993 – LOAS); Certificado de entidade beneficente de assistência social – CEBAS (Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991); Organização social (OS - Lei n. 9.637, 15 de maio de 1998); Organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP - Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999); Cooperativa social (Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999). (BRASIL, 2011a).

14 Com base no art. 58, §§ 3º e 8º da Constituição Estadual c/c o art. 15, § 1º, X do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado do Acre. (ACRE, 2011a)

apenas foi localizada legislação estadual acerca das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.

A Lei n. 1.428, publicada em 2 de janeiro de 2002, dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), institui e disciplina o termo de parceria¹⁵. Em seu conteúdo, define que podem qualificar-se como OSCIPs do Estado do Acre (art. 1º) todas as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos cujos objetivos sociais e normas estatutárias atendam a determinados requisitos instituídos pela própria lei.

Assim, ao apresentar os referidos requisitos de qualificação das entidades como OSCIPs, a Lei nº 1.428/2002 reproduz, ao longo de seu conteúdo, os mesmos dispositivos expressos na Lei Federal 9.790/99.

Recentemente, a Lei n. 2.151/2009 revogou os incisos IV e V do art. 4º, bem como os art. 9º e 10º contidos na Lei n. 1.428/2002, que previam requisitos para a qualificação das entidades como OSCIPs não previstos pela legislação federal, tais como a necessidade de previsão estatutária de Conselhos de Administração e demais órgãos de deliberação superior, aproximando ainda mais o conteúdo da legislação estadual e federal.

Destaca-se que, embora a Lei 1.428 tenha sido publicada há aproximadamente 10 anos, o Estado do Acre qualificou apenas uma entidade privada como OSCIP, com a qual, nos termos da referida legislação, também firmou termo de parceria. Referida entidade, nomeada de “Associação Nossa Senhora da Saúde – ANSSAU” firmou o Termo de Parceria diretamente com a Secretaria de Estado da Saúde, em nome do Governo do Estado do Acre.

Quanto às entidades declaradas de utilidade pública, há uma questão que merece destaque: embora a Constituição do Estado do Acre, no art. 32 do ADCT, preveja que estas entidades somente receberão recursos estaduais se tiverem seus “títulos” reavaliados pela Assembleia Legislativa¹⁶, não há na legislação estadual regras que determinem as condições e requisitos para que uma instituição privada sem fins lucrativos seja declarada de utilidade pública no âmbito estadual, tendo sido as mesmas estabelecidas no Regimento Interno da Assembleia Legislativa.

15 ACRE. *Lei n. 1.428, de 2 de janeiro de 2002*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), institui e disciplina o termo de parceria. Disponível em: <www.aleac.net> Acesso em: 3 e 4 set. 2011.

16 ACRE. *Constituição do Estado (1989)*. Disponível em: <www.aleac.net> Acesso em: 3 e 4 set. 2011.

1.2 ALAGOAS

Em que pese o estado de Alagoas declarar, por lei, de utilidade pública, entidades sem fins lucrativos, não foi possível identificar a legislação estadual que define os requisitos necessários para esta qualificação.

No entanto, encontra-se em discussão na Assembleia Legislativa do Estado um Projeto de Lei que cria o Programa Estadual de Organizações Sociais. Segundo mensagem do governo do Estado de Alagoas, o objetivo do referido programa é

[...] permitir que entidades privadas e sem fins lucrativos, possam assumir a gestão de atividades e serviços de interesse público atinentes ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e institucional, à proteção e preservação do meio ambiente, bem como à saúde, ao trabalho, à ação social, à cultura e ao desporto e à agropecuária, desde que atendidos os requisitos predeterminados em legislação específica.¹⁷

A movimentação para a aprovação do projeto, segundo dados levantados na internet, ocorreu no início de 2010, não tendo sido ainda concluído o processo legislativo. Assim, se aprovado o Projeto de Lei que cria o Programa Estadual de Organizações, o Estado de Alagoas terá legislação semelhante à Lei Federal nº 9.637/1999.

Curioso destacar, no Estado de Alagoas, que embora o ente estadual ainda não tenha editado legislação que regule a atividade das entidades de terceiro setor, o município de Maceió adiantou-se ao governo estadual e publicou, em 5 de dezembro de 2007, a Lei n. 5.651, que dispõe sobre a celebração dos Termos de Parcerias entre o município de Maceió e as organizações da Sociedade Civil de Interesse Público- OSCIP's – e dá outras providências.

1.3 AMAPÁ

O Estado do Amapá, por sua vez, apresentou em seu ordenamento jurídico regulamentação expressa para qualificação tanto das Organizações

17 ALAGOAS. *Lei nº 7.279, de 26 de setembro de 2011*. Considera de utilidade pública a Associação dos Servidores da Assembleia Legislativa de Alagoas - ASSALA. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br>> Acesso em: set. 2011.

Sociais (OS) – Lei nº 599/2001¹⁸, quanto das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) – Lei nº 496/2000¹⁹.

As referidas leis estaduais, entretanto, reproduziram, quase textualmente, o conteúdo das leis federais referentes ao tema.

Importante observar que, apesar da referida reprodução, a legislação estadual por muitas vezes tem ficado esquecida e não acompanha as alterações feitas nas leis de âmbito federal. Um exemplo disso é a Lei n. 496/2000, que estabelece os requisitos de qualificação das OSCIPs no Estado do Amapá: embora tenha reproduzido o conteúdo da Lei Federal nº 9.790/99, não acompanhou as alterações feitas posteriormente, como, por exemplo, a inclusão do Parágrafo Único ao art. 4º feita pela Lei n. 10.539/02, que tratou da possibilidade da participação dos servidores públicos na composição de conselho de OSCIP sem a percepção de remuneração.

Além disso, destaca-se que, embora o Estado do Amapá seja um dos poucos a dispor de legislação estadual para ambas as entidades de terceiro setor – OS e OSCIP –, ainda não existem registros de entidades que tenham sido devidamente qualificadas pelo Estado.

1.4 AMAZONAS

O Estado do Amazonas somente previu legislação expressa para qualificação de entidades como OSCIP - Lei n. 3.017/2005²⁰. Esta, também não inovou em seu conteúdo, pois apenas repetiu as disposições da Lei Federal nº 9.790/99. No entanto, diferente do que ocorreu no Estado do Amapá, a Lei n. 3.017/2005 que regulamenta as OSCIPs no Estado do Amazonas manteve-se atualizada em relação à legislação federal, até mesmo em razão de sua publicação ter sido posterior às alterações feitas na Lei Federal no ano de 2002.

Verifica-se, também, que existem seis entidades privadas qualificadas como OSCIP's no Estado do Amazonas, embora o governo estadual não tenha firmado Termo de Parceria com nenhuma delas.

18 AMAPÁ. *Lei Nº 599, de 25 de abril de 2001*. Dispõe sobre a qualificação de Organizações Sociais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.ap.gov.br/>> Acesso em: set. 2011.

19 AMAPÁ. *Lei Nº 496 de 04 de janeiro de 2000*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina a celebração de Termo de Parceria, Convênio, Contrato e Ajuste com o Governo do Estado do Amapá e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.ap.gov.br/>> Acesso em: set. 2011.

20 AMAZONAS. *Lei nº 3.017, de 21 de dezembro de 2005*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria no âmbito do Estado do Amazonas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.aleam.gov.br/>> Acesso em: set. 2011.

1.5 BAHIA

O Estado da Bahia, em que pese ter sido um dos primeiros estados a legislar sobre Organizações Sociais (Lei nº 7.027/1997 e Lei nº 8.647/2003), ainda não prevê qualquer regulamentação expressa para qualificação das OSCIPS. Apenas menciona – como, por exemplo, no art. 52, III, da Leis de Diretrizes Orçamentárias para 2010, que a qualificação das entidades organizadas como OSCIPs seria feita “[...] nos termos da Lei Federal n.9.790/99”²¹.

Quanto às Organizações Sociais, verificou-se que a legislação baiana não somente reproduz o conteúdo da Lei n. 9.637/98 referente aos requisitos de qualificação das entidades, como vai além criando um Programa Estadual de Organizações Sociais, definindo critérios para os Contratos de Gestão, as formas de intervenção do estado no serviço transferido, a posição do servidor público dentro das OS, critérios de seleção das entidades etc.

Em trabalho publicado no ano de 2000, Carlos Vasconcelos Domingues²² noticiou que além da União, apenas os seguintes Estados-membros e Municípios haviam legislado sobre organizações sociais: Bahia, São Paulo, Ceará, Pará, Maranhão e Curitiba. Em que pese ter ocorrido acréscimo significativo nesse número, notou-se que as leis estaduais que trataram das Organizações Sociais publicadas após 1998 praticamente não inovaram em relação à Legislação Federal.

Quanto à composição do Estado da Bahia por essas entidades de terceiro setor, verifica-se o registro de 35 entidades qualificadas como Organizações Sociais pelo governo estadual, dentre as quais apenas 9 firmaram Contrato de Gestão com o poder público.

Já em relação às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, verifica-se que, embora existam 6 entidades devidamente qualificadas como OSCIPs no Estado da Bahia, o governo Estadual não chegou a firmar Termo de Parceria com nenhuma delas. Destas seis OSCIPs qualificadas no Estado da Bahia, três delas possuem finalidade Assistencial, e três delas são de finalidade Ambiental.

21 BAHIA. *Lei nº 11.482 de 10 de Julho de 2009* - Dispõe sobre as diretrizes orçamentárias para o exercício de 2010 e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.seplan.ba.gov.br/sgc/arquivos/>> Acesso em: set. 2011

22 DOMINGUES, Carlos Vasconcelos. *O controle externo e novos modelos de gestão de serviços públicos: as organizações sociais*. Salvador: Tribunal de Contas, 1999. p. 107

1.6 CEARÁ

O Estado do Ceará, assim como o Estado da Bahia, não prevê legislação expressa sobre os requisitos de qualificação de entidades como OSCIPs. Apenas menciona – como, por exemplo, na Lei 13.497/2004, que dispõe sobre a política Estadual de Pesca e Aquicultura – que deverão ser respeitados os requisitos de qualificação da legislação federal.

Em relação às Organizações Sociais, o Ceará foi um dos primeiros estados a editar regulamentação própria para essas entidades. A Lei estadual n. 12.781/1997²³ foi editada antes mesmo da publicação da Lei n. 9.637/1998, que dispõe sobre a qualificação das Organizações Sociais em âmbito federal, mas o seu conteúdo é bastante semelhante a esta.

Verifica-se que, após a publicação da Lei estadual das Organizações Sociais, o estado do Ceará qualificou 8 entidades como Organizações Sociais, mas não chegou a firmar Contrato de Gestão com nenhuma delas.

1.7 DISTRITO FEDERAL

Já no Distrito Federal, o cenário é outro: foram editadas legislações próprias para definir os requisitos de qualificação das entidades privadas como Organizações Sociais e como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Encontram-se vigentes as Leis Distritais n. 4.301/2009, que dispõe sobre a qualificação da pessoa jurídica de direito privado como OSCIP²⁴, e a Lei n. 4.081/2008, que dispõe sobre a qualificação das entidades como Organização Social no âmbito do DF²⁵.

Verifica-se, no entanto, que as referidas legislações abordam, além dos requisitos mínimos exigidos pela legislação federal para qualificação das entidades do terceiro setor, vários critérios próprios para que entidades privadas sejam qualificadas como OSCIP ou Organizações Sociais no DF.

As experiências com Organizações Sociais no Distrito Federal originaram-se da Lei n.º 2.415/1999, lei esta que foi objeto de uma série

23 CEARÁ. *Lei nº 12.781, de 30 de dezembro de 1997*. Institui o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, dispõe sobre a qualificação destas entidades e dá outras providências. Disponível em: <www.al.ce.gov.br/legislativo/tramitando/lei/12781.htm> Acesso em: set. 2011.

24 DISTRITO FEDERAL. *Lei nº 4.301, de 27 de janeiro de 2009* - Dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP no âmbito do Distrito Federal e dá outras providências. 2011.

25 DISTRITO FEDERAL. *Lei n. 4.081, de 4 de janeiro de 2008* - Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais no âmbito do Distrito Federal e dá outras providências. 2011.

de críticas da literatura sobre o tema, bem como de investigações por parte do Ministério Público Distrital, e acabou sendo posteriormente revogada com a publicação da Lei n. 4.081/2008²⁶.

Não obstante mencionadas críticas, verifica-se que o Distrito Federal havia qualificado, em janeiro de 2010²⁷, um total de nove Organizações Sociais, embora ainda não tivesse firmado Contrato de Gestão com nenhuma delas.

1.8 ESPÍRITO SANTO

O Estado do Espírito Santo apresenta uma peculiaridade na regulamentação do Terceiro Setor em relação à forma: as leis que dispõem, no âmbito estadual, sobre os requisitos de qualificação das entidades de terceiro setor (tanto Organizações Sociais quanto OSCIPs), foram sancionadas como Lei Complementar, o que implica que requer *quórum* privilegiado para aprovação e alteração. Recentemente, as primeiras legislações sobre organizações sociais editadas no Estado (Lei Complementar n° 158/1999 e Lei Complementar n° 416/2007) foram revogadas e editadas novas leis.

No tocante ao conteúdo, a Lei Complementar n. 564/2010, que trata das OSCIPs, reproduz a legislação federal, adaptando apenas a formalização à estrutura da Administração Estadual²⁸. Por se tratar de legislação recente, a estrutura organizacional do estado do Espírito Santo ainda não dispõe de entidade qualificada como OSCIP, e menos ainda firmou Termo de Parceria com alguma.

A Lei Complementar n. 489/2009²⁹, que trata das Organizações Sociais, também reproduz, em linhas gerais, a mesma estrutura verificada na legislação federal. Porém, foram encontradas algumas diferenças significativas em seu conteúdo, tais como as que dizem respeito à criação do Programa Estadual de Organizações Sociais, a ampliação das áreas de atuação da OS em relação à legislação federal e a escolha das entidades

26 PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.) *O novo direito administrativo brasileiro: o estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003

27 Data do último levantamento de dados estatísticos realizado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

28 ESPÍRITO SANTO. *Lei Complementar n 564, de 20 de julho de 2010*. Dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP e dá outras providências. Disponível em: <<http://governoservico.es.gov.br/>> Acesso em: set. 2011

29 ESPÍRITO SANTO. *Lei Complementar n° 489, de 22 de julho de 2009*. Cria o Programa de Organizações Sociais do Espírito Santo, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências. Disponível em: <http://secult.es.gov.br/_midias/pdf/2472-4a8ec62778f6f.pdf> Acesso em set. 2011

por meio de edital de convocação pública, em que pese a qualificação da entidade ser discricionária (art. 3º LC nº 489/2009).

Conforme dados levantados pelo Ministério do Planejamento, havia, em janeiro de 2010, apenas duas Organizações Sociais regularmente qualificadas pelo estado capixaba e, dessas duas, apenas uma havia firmado Contrato de Gestão com o poder público.

Curioso destacar que o município de Vitória, capital do Espírito Santo, também cuidou de editar legislação própria para regular a qualificação de Organizações Sociais na esfera municipal, conforme se verifica pelo teor da Lei n. 5.811, de 30 de dezembro de 2002.

1.9 GOIÁS

No Estado de Goiás, foram encontrados dois instrumentos principais em relação ao tema: a Lei n 15.731/2006³⁰, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado como OSCIPs, e a Lei n. 15.503/2005³¹, que dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais estaduais.

Ambas, assim como ocorre na maioria dos Estados analisados, os dispositivos próprios trazidos pela legislação estadual são pouco significativos acerca dos critérios para qualificação dessas entidades, de modo que os requisitos principais são a própria reprodução da legislação federal.

Em janeiro de 2010, o estado de Goiás era composto por quatro OSCIPs devidamente qualificadas nos termos da Lei n. 15.731/2006, e apenas duas Organizações Sociais qualificadas nos termos da Lei n. 15.503/2005. Não obstante, nenhuma dessas entidades chegou a firmar Contratos de Gestão ou Termos de Parceria com o poder público estadual.

De modo curioso, o município de Goiânia que, em 04 de janeiro de 2006, publicou a Lei Municipal n. 8.411 para regulamentar a qualificação das entidades como OS em sua esfera de governo, chegou a qualificar duas entidades privadas como Organizações Sociais no âmbito municipal, o mesmo número de entidades já qualificadas por todo o estado de Goiás.

30 GOIÁS. *Lei n 15.731, de 07 de julho de 2006*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público Estadual, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <www.assembleia.go.gov.br> Acesso em: 20 e 21 ago. 2011.

31 GOIÁS. *Lei n 15.503, de 28 de dezembro de 2005*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais estaduais e dá outras providências. Disponível em: <www.assembleia.go.gov.br> Acesso em: 20 e 21 ago. 2011.

1.10 MARANHÃO

A Lei 7.066/1998³², que dispõe sobre a qualificação das entidades como Organizações Sociais no Estado do Maranhão, foi editada no mesmo ano de publicação da Lei das OSs em âmbito federal e reproduz literalmente o seu conteúdo. Não obstante, verificou-se que a referida lei não acompanhou as alterações feitas posteriormente na lei federal.

Além disso, verificou-se que, apesar de dispor de legislação própria desde 1998, o estado do Maranhão na chegou a qualificar nenhuma entidade privada como Organização Social, e tampouco firmou Contrato de Gestão com alguma OS.

Já em relação às OSCIPs, foi editada no Estado do Maranhão, a Lei n. 7.462/1999³³, que autoriza o Poder Executivo a firmar os chamados “Termos de Parceria”. A referida lei, entretanto, ao dispor sobre os requisitos necessários para que uma entidade privada sem fins lucrativos seja qualificada como OSCIP, constantemente se remete à Lei Federal n. 9.790/99.

Curioso destacar que, em 19 de julho de 2007, o governo do estado do Maranhão editou o Decreto n. 23.218, com o propósito de regulamentar a atividade das OSCIPs. Não obstante, ao invés de se remeter aos requisitos de qualificação trazidos pela Lei n. 7.462/1999, o referido decreto constantemente menciona os requisitos da Legislação Federal (Lei n. 9.790/99), como se não possuísse legislação própria para as OSCIPs.

E, assim como ocorre com as Organizações Sociais, o estado do Maranhão, além de nunca ter firmado Termo de Parceria com OSCIPs, também não possui qualquer registro de entidade privada qualificada como OSCIP no âmbito estadual.

1.11 MATO GROSSO

A primeira legislação editada no estado do Mato Grosso que tratasse da atuação das entidades de terceiro setor na esfera estadual foi a Lei Complementar nº 150/2004³⁴. Esta lei, ao contrário da grande

32 MARANHÃO. *Lei n 7.066 de 3 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a qualificação das entidades como Organizações Sociais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.ma.gov.br>> Acesso em: set. 2011.

33 MARANHÃO. *Lei n° 7.462, de 8 de novembro de 1999*. Autoriza o Poder Executivo a firmar termo de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público e a abrir crédito especial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.ma.gov.br>> Acesso em: set. 2011

34 MATO GROSSO. *Lei Complementar nº 150, de 08 de janeiro de 2004*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais - OS, no âmbito do Poder Executivo Estadual, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.mt.gov.br/>> Acesso em: set. 2011

maioria das legislações estaduais, não reproduziu o teor da legislação federal e, ao contrário, ampliou as áreas de atuação das OSs estaduais e simplificou bastante o sistema de qualificação destas entidades, não tendo sido prevista a composição dos conselhos de administração da entidade e nem a presença do setor público na sua composição, como prevê a legislação federal.

Em janeiro de 2010, data do último levantamento de dados realizado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, havia apenas uma entidade qualificada como Organização Social no estado do Mato Grosso. Não obstante, foi possível observar a recente qualificação de outras entidades privadas como OS como, por exemplo, a “Organização Social e Ambiental da Fauna e Flora do Brasil – OSAFF”, que foi recente e peculiarmente ³⁵ declarada de Utilidade Pública pela Lei nº 8.062, de 29 de dezembro de 2010.

Em relação às OSCIPs, foram encontradas duas principais leis ordinárias que as reconhece: a Lei n. 8.687/2007³⁶, que dispõe sobre a cooperação entre o Poder Público Estadual e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, e disciplina, em conformidade com a legislação federal, a celebração do Termo de Parceria; e a Lei n. 8.707/2007³⁷, que dispõe, de forma genérica, sobre a configuração do termo de parceria, sem que outros assuntos referentes à OSCIPs tenham sido tratados.

Destaca-se que, a primeira lei editada, em seu art. 3º, não especifica expressamente os critérios de qualificação das entidades privadas como OSCIPs, mas apenas reconhece, como OSCIP estadual, aquelas entidades que já tiverem sido qualificadas pelo Ministério da Justiça conforme os critérios definidos pela Lei Federal n. 9.790/1999. Ainda assim, não foram encontrados registros de entidades formalmente qualificadas como OSCIPs no estado do Mato Grosso.

35 A peculiaridade está no fato de que a Lei Estadual nº 8.062, de 29/12/10, que declara de utilidade pública a Organização Social e Ambiental da Fauna e Flora do Brasil – OSAFF foi de encontro à legislação federal, porquanto é expressamente vedada pela legislação federal a declaração de utilidade pública de organização social.

36 MATO GROSSO. *Lei nº 8.687, de 24 de julho de 2007*. Dispõe sobre a cooperação entre o Poder Público Estadual e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, disciplinando, em conformidade com a legislação federal, a celebração do Termo de Parceria. Disponível em: <<http://www.al.mt.gov.br/>> Acesso em: set. 2011

37 MATO GROSSO. *Lei nº 8.707, de 13 de setembro de 2007*. Dispõe sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e dá outras providências (OSCIP). Disponível em: <<http://www.al.mt.gov.br/>> Acesso em: set. 2011.

Destaca-se, por fim, que foram identificados quatro municípios³⁸ do estado do Mato Grosso que editaram leis próprias sobre Organizações Sociais e, dentre esses, foram localizadas duas entidades regularmente qualificadas como OSs nos termos das referidas legislações municipais.

1.12 MATO GROSSO DO SUL

O Estado do Mato Grosso Sul, por sua vez, não dispõe, até a presente data, de legislação específica que regulamente e defina os critérios de qualificação das entidades chamadas de Terceiro Setor.

Destaca-se que a Lei n. 2.152/2000, que dispõe sobre a organização da estrutura básica do Poder Executivo do Mato Grosso do Sul prevê, em seu art. 8º, a possibilidade de o Estado ser composto por entidades de terceiro setor tais como Organizações Sociais³⁹. No entanto, ainda não foi editada qualquer lei específica de qualificação das entidades pelo estado do Mato Grosso do Sul, mas apenas feita remissão à Legislação Federal.

1.13 MINAS GERAIS

Pela legislação vigente sobre a temática no Estado de Minas Gerais, verifica-se que as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) não somente possuem regulamentação própria - Lei n. 14.870, de 16 de dezembro de 2003⁴⁰, que dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como OSCIP e dá outras providências -, como se mantém em constante atualização, conforme se vê pelo Decreto n. 43.749 de 12 de fevereiro de 2004⁴¹, que regulamenta a Lei n. 14.870/2003;

38 Município de Campo Novo do Parecis, nos termos da Lei n. 852/2001; o município de Campo Verde, nos termos da Lei n. 1.198/2006; o município de Lucas do Rio Verde, nos termos da lei n. 1.026/2004; e o município de Nova Mutum, nos termos da Lei n. 675/2002.

39 Art. 8º - O Poder Executivo poderá, nos termos da Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, *qualificar, por meio de decreto, entidades da sociedade civil como organizações sociais*, que têm por finalidade a execução de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos em lei. (MATO GROSSO DO SUL, 2011)

40 MINAS GERAIS. *Lei n. 14.870, de 16 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como OSCIP e dá outras providências. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em: 13 e 14 set. 2011.

41 MINAS GERAIS. *Decreto n. 43.749 de 12 de fevereiro de 2004*. Regulamenta a Lei nº 14.870, de 16 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o termo de parceria, e dá outras providências. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em: 13 e 14 set. 2011.

alterado posteriormente pelos Decretos n. 43.818/2004⁴², n. 43.867/2004⁴³ e n. 44.298/2006⁴⁴.

Já no tocante às Organizações Sociais, a despeito do que prevê a legislação das OSCIPs Estaduais (Lei n.º 14.870/2003)⁴⁵, ainda não há no estado qualquer legislação específica que determine seus requisitos de qualificação. Fato interessante a ser ressaltado na legislação mineira foi a junção, numa única lei, das características das OSs e OSCIPs da legislação federal.

Outro fato curioso é que, em que pese o estado de Minas Gerais ainda não detenha regulamentação própria para as Organizações Sociais, três municípios mineiros⁴⁶ se adiantaram ao ente estadual e editaram legislações próprias que definem os requisitos de qualificação de entidades privadas como OS na esfera municipal.

Além disso, verificou-se que o Estado de Minas Gerais dispõe de regulamentação própria e específica para outras entidades que compõem o chamado terceiro setor, quais sejam as Entidades declaradas de Utilidade Pública, por meio da Lei n. 12.972, de 27 de julho de 1998 e alterações posteriores⁴⁷ e as Entidades beneficentes de assistência social⁴⁸.

42 MINAS GERAIS. *Decreto n.º 43.818, de 16 de junho de 2004*. Altera o Decreto n.º 43.749, de 12 de Fevereiro de 2004 que regulamenta a Lei n.º 14.870, de 16 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o termo de parceria. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em: 13 e 14 set 2011

43 MINAS GERAIS. *Decreto n.º 43.867, de 13 de setembro de 2004*. Altera o Decreto n.º 43.749, de 12 de fevereiro de 2004, que regulamenta a Lei n.º 14.870, de 16 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em: 13 e 14 de setembro de 2011

44 MINAS GERAIS. *Decreto n.º 44.298, de 23 de maio de 2006*. Altera o Decreto n.º 43.749, de 12 de fevereiro de 2004, que regulamenta a lei n.º 14.870, de 16 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, como Organização de Sociedade Civil de Interesse Público. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em: 13 e 14 de setembro de 2011

45 Art. 21- Fica qualificada como organização social para os efeitos do inciso XXIV, do art. 24, da Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e do art. 15 da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, a entidade qualificada como OSCIP; Art. 22 – São extensíveis, no âmbito do Estado, os efeitos dos arts. 8º, § 4º, e 18, § 1º, desta lei, às entidades qualificadas como organização social ou OSCIP pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, desde que a legislação dos demais entes federados guarde reciprocidade com as normas desta Lei. (MINAS GERAIS, 2011g)

46 Município de Juiz de Fora, nos termos da Lei n. 10.330/2002; o município de Matias Barbosa, nos termos da Lei n. 905/2008; e o município de Passos, nos termos da Lei n. 2.345/2003.

47 MINAS GERAIS. *Lei n.º 12.972, de 27 de julho de 1998*. Dispõe sobre a Declaração de Utilidade Pública e dá outras providências. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em: 13 e 14 de setembro de 2011

48 MINAS GERAIS. *Lei n.º 12.262, de 23 de julho de 1996*. Dispõe sobre a política estadual de Assistência Social, cria o Conselho Estadual de Assistência Social - CEAS - e dá outras providências. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em: 13 e 14 set. 2011.

Outro ponto que merece destaque é que o estado de Minas Gerais posiciona-se, inquestionavelmente, como o estado brasileiro que possui o maior número de entidades regularmente qualificadas como OSCIPs no Brasil. Para que se possa fazer um comparativo, em janeiro de 2010, a última pesquisa realizada pelo Ministério do Planejamento identificou 167 entidades privadas qualificadas como OSCIP, no âmbito estadual, em todo o país. Destas, 136 entidades foram qualificadas somente pelo estado de Minas Gerais, o que representa um índice de mais de 81%. Dentre as mencionadas 136 qualificações, verificou-se que foram formalizados apenas 14 Termos de Parceria com o poder público estadual.

1.14 PARÁ

O Estado do Pará apenas prevê legislação acerca da qualificação de Organizações Sociais. Assim, nos termos da Lei Estadual n. 5.980/1996⁴⁹, alterada pela Lei n.º 6.773/2005⁵⁰, poderão ser qualificadas como Organizações Sociais as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à prestação de serviços sociais, atendidas as condições estabelecidas na referida Lei.

Vê-se que o escopo das OSs deste Estado é bem mais amplo que as áreas de atuação das OSs federais. Exceto por esse fato, a estrutura e o conteúdo da lei estadual são bem semelhantes à legislação federal e, dentre as alterações promovidas em 2005, destaca-se a diminuição da participação do setor público no conselho de administração ou conselho curador da entidade, com a alteração promovida no art. 3º da Lei 5.980/1996.

Em janeiro de 2010, foram identificadas oito entidades regularmente qualificadas como Organizações Sociais pelo estado do Pará e, dentre estas, foram firmados sete Contratos de Gestão com o poder público estadual.

1.15 PARAÍBA

Embora, ao longo da pesquisa, tenha sido possível identificar a existência de entidades declaradas de utilidade pública, organizações não-governamentais e alguns projetos de fortalecimento de instâncias de governança social e de gestão de políticas públicas no Estado da

49 PARÁ. *Lei n.º 5.980, de 19 de julho de 1996*. Dispõe sobre as entidades qualificadas como Organizações Sociais. Disponível em: <www.alepa.pa.gov.br> Acesso em: 15 de setembro de 2011.

50 PARÁ. *Lei n.º 6.773, de 23 de agosto de 2005*. Altera a Lei n.º 5.980, de 19 de julho de 1996, que dispõe sobre as entidades qualificadas como Organizações Sociais. Disponível em: <www.alepa.pa.gov.br> Acesso em: 15 de setembro de 2011.

Paraíba⁵¹, ainda não há, na legislação estadual, norma que discipline a composição das entidades de Terceiro Setor no Estado e que defina critérios para qualificação dessas entidades.

Curioso destacar, no entanto, que foi identificado um único município paraibano que, apesar da inexistência de regulamentação na esfera estadual, editou legislação própria para a qualificação das entidades privadas como OSCIPs na esfera municipal, qual seja o município de Esperança, nos termos da Lei n. 1.187/2006.

1.16 PARANÁ

No Estado do Paraná, verificou-se que o ordenamento jurídico estadual reconhece⁵² a existência de entidades qualificadas como Organizações Sociais, bem como a possibilidade que outras pessoas jurídicas de direito privado façam parcerias com o Estado. No entanto, não há legislação expressa que regulamente e defina os critérios para qualificação destas entidades.

Foi publicada recentemente no estado do Paraná, em 09 de agosto de 2011, a Lei nº 16.897/2011, que disciplina a obrigatoriedade de transparência, por meio de divulgação eletrônica,

pelas entidades privadas de utilidade pública ou não”, que recebam recursos públicos a título de parcerias com municípios ou Estado. Nos termos da mencionada lei – posteriormente alterada pela Lei nº 17.032 de 21 de dezembro de 2011 –, as entidades obrigadas a realizar a prestação de contas por meio eletrônico são todas aquelas “instituições privadas, declaradas de utilidade pública ou não, desde que sem fins lucrativos, tais como Organizações Não Governamentais (ONGs), Organizações Sociais com Interesse Público (OSCIPs), Organizações Sociais (OSs), Fundações e Associações que recebam

51 PARAÍBA. *Lei nº 6.117 de 16 de outubro de 1995*. Reconhece de utilidade pública a entidade de direito privado, sem fins lucrativos, Malungos Organização da Comunidade Negra da Paraíba e dá outras providências. Disponível em: <www.al.pb.ov.br> Acesso em: 15 de setembro de 2011; PARAÍBA. *Lei nº 9.196 de 09 de julho de 2010*. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária para o exercício financeiro de 2011 e dá outras providências. Disponível em: <www.al.pb.ov.br> Acesso em: 15 de setembro de 2011.

52 Como, por exemplo, a Lei nº 16.281 de 20/11/2009, que dispõe que o Tribunal de Contas do Estado encaminhará à Assembleia Legislativa relatório descritivo contendo todos os valores repassados pela Administração Pública direta e indireta do Estado do Paraná e dos Municípios paranaenses às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos; e a Lei nº 15.705 de 30/11/2007, que declara de utilidade pública a Sociedade de Organização Social Vida - S.O.S VIDA, com sede e foro no Município de Medianeira. (PARANÁ, 2011b e 2011a)

recursos públicos a título de subvenções e auxílios ou parcerias com Municípios ou com o Governo do Estado do Paraná(sic)

Diante disso é possível inferir que, em que pese não tenha editado legislações próprias que definam os requisitos de qualificação das entidades de Terceiro Setor, o estado do Paraná reconhece expressamente a existência dessas entidades e, inclusive, autoriza a realização de parcerias com o governo estadual.

Cumpra destacar, ainda, que a despeito da inexistência de legislação expressa que defina os critérios de qualificação do terceiro setor no âmbito estadual, foram identificados três municípios⁵³ paranaenses que editaram legislação própria para qualificação das OSs na esfera municipal, e quatro outros municípios paranaenses⁵⁴ que editaram legislação própria para a qualificação das OSCIPs também no âmbito municipal.

1.17 PERNAMBUCO

No Estado de Pernambuco, verificou-se que a legislação estadual tratou tanto das Organizações Sociais quanto da OSCIPs em um mesmo diploma legal: a Lei n. 11.743/2000⁵⁵, que sistematiza a prestação de serviços públicos não exclusivos, dispõe sobre a qualificação de Organizações Sociais e da Sociedade Civil de Interesse Público e o fomento às atividades sociais, e dá outras providências. Esta lei foi posteriormente regulamentada pelo Decreto n° 23.046 de 19 de fevereiro 2001⁵⁶.

Diversamente do que ocorreu no Estado de Minas Gerais, em Pernambuco há apenas uma norma, mas contendo a disciplina das duas espécies de qualificações jurídicas ao terceiro setor.

Verifica-se que, em janeiro de 2010, haviam 15 entidades qualificadas como OSCIP no estado de Pernambuco, embora não

53 O município de Castro, nos termos da Lei n. 1.041/200; o município de Curitiba, nos termos da Lei n. 9.226/1997; e o município de Fazenda Rio Grande, nos termos da Lei n. 42/2001.

54 Município de Almirante Tamandaré, nos termos da Lei n. 1.364/2008; município de Castro, nos termos da Lei n. 1.294/2005; município de Colombo, nos termos da Lei n. 957/2006 e município de Piraquara, conforme Lei n. 784/2005.

55 PERNAMBUCO. *Lei n° 11.743, de 20 de janeiro 2000*. Sistematiza a prestação de serviços públicos não exclusivos, dispõe sobre a qualificação de Organizações Sociais e da Sociedade Civil de interesse público e o fomento às atividades sociais, e dá outras providências. Disponível em: <www.alepe.pe.gov.br> Acesso em: 17 set. 2011.

56 PERNAMBUCO. *Decreto n° 23.046 de 19 de fevereiro 2001*. Regulamenta a Lei n° 11.743, de 20 de Janeiro de 2.000, que instituiu o Sistema Integrado de Prestação de Serviços Públicos não-exclusivos; dispõe sobre a qualificação e funcionamento das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, e dá outras providências. Disponível em: <www.alepe.pe.gov.br> Acesso em: 17 set. 2011

houvesse registros de Termos de Parceria formalmente celebrados entre as mencionadas entidades e o poder público estadual. Já em relação às OSs, foram identificadas em 2010, cinco entidades qualificadas como Organizações Sociais, e dois Contratos de Gestão firmados entre o governo do estado de Pernambuco e referidas OSs.

1.18 PIAUÍ

O Estado do Piauí, por sua vez, apenas prevê regulamentação para as entidades qualificadas como Organizações Sociais, nos termos da Lei n. 5.519, de 13 de dezembro de 2005⁵⁷. Verifica-se que, a partir do art. 3º, a lei estadual segue a estrutura e apresenta o mesmo conteúdo da legislação federal. Nos artigos iniciais, entretanto, difere ao prever, em seu art. 1º, que o Poder Executivo, após apreciação prévia do Poder Legislativo, poderá autorizar a absorção da atividades e serviços previstos na citada lei por Organizações Sociais. Nesse sentido ela permite expressamente – diversamente do que ocorre na legislação federal – que as OSs assumam atividades desempenhadas pela Administração estadual. E, ainda, prevê que esta autorização dependerá de requerimento específico da Organização Social, que indicará o serviço que pretende prestar, os meios, os recursos orçamentários, equipamentos e instalações públicos necessários à sua prestação (art. 2º).

Em que pese a ampliação do campo de atuação das Organizações Sociais conferida pela legislação estadual, foram identificadas, no estado do Piauí, apenas duas entidades qualificadas como OS, e apenas um Contrato de Gestão regularmente firmado nos termos da Lei n. 5.519/2005.

2.19 RIO DE JANEIRO

No Estado do Rio de Janeiro foram sancionadas, na mesma data, a Lei n. 5.501/2009, que dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP⁵⁸ e a Lei n. 5.498/2009, que dispõe sobre a qualificação

57 PIAUÍ. *Lei nº 5.519 de 2005, de 4 de julho de 2004*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais, e dá outras providências. Disponível em: <www.alepi.pi.gov.br> Acesso em: 17 set. 2011.

58 RIO DE JANEIRO. *Lei nº 5.498 de 07 de julho de 2009*. Dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como Organizações Sociais, mediante contrato de gestão, e dá outras providências. Disponível em: <www.alerj.rj.gov.br> Acesso em: 24 set. 2011.

de entidades sem fins lucrativos como Organizações Sociais, mediante contrato de gestão, e dá outras providências⁵⁹.

Enquanto a Lei estadual que dispõe sobre as OSCIPs reproduz, quase que literalmente, o teor da Lei federal 9.790/1999, a lei estadual das Organizações Sociais (Lei nº 5.498/2009), em seu art. 1º, restringiu a possibilidade de qualificarem-se como Organizações Sociais apenas as entidades privadas sem fins lucrativos cujas atividades sejam dirigidas à cultura, e a defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, não incluindo aquelas que desenvolvam atividades “dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”, como previsto no art. 1º da Lei Federal nº 9.637/1998.

Não obstante esta previsão inicial, acaba de ser aprovada no Rio de Janeiro, em 19 de setembro, a Lei n. 6.043/2011, que dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais especificamente no âmbito da *saúde*.⁶⁰

O conteúdo da nova Lei que dispõe sobre as Organizações Sociais no âmbito da saúde destoa um pouco do conteúdo da Lei Estadual nº 5.498/2009 (que ainda permanece vigente), inclusive no que se refere aos requisitos para qualificação das referidas entidades.

O fato é que a possibilidade que entidades privadas que atuam na área da saúde possam ser qualificadas como Organizações Sociais, implica que o Estado poderá firmar parcerias e administrar unidades públicas de saúde geridas por Organizações Sociais. Pelas palavras do Deputado Estadual André Corrêa “A proposta, que já tinha o grande mérito de buscar uma gestão mais ágil e eficiente, que pretende melhorar a qualidade do serviço prestado, foi aperfeiçoado e ganhou instrumentos que garantem maior fiscalização e reforçam *cuidados* já previstos, como garantias aos servidores”.⁶¹

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº 6.043/2011, tem-se a inclusão do Tribunal de Contas do Estado (TCE-RJ) e do Conselho Estadual de Saúde (ao lado da secretaria de Estado de Saúde) dentre os órgãos que irão acompanhar e fiscalizar a execução do contrato de

59 RIO DE JANEIRO. *Lei nº 5501, de 07 de julho de 2009*. Dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP e dá outras providências. Disponível em: <www.alerj.rj.gov.br> Acesso em: 24 set. 2011.

60 RIO DE JANEIRO. *Lei nº 6.043 de 19 de setembro de 2011*. Dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como Organizações Sociais, no âmbito da saúde, mediante contrato de gestão, e dá outras providências. Disponível em: <www.alerj.rj.gov.br> Acesso em: 24 set. 2011.

61 RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. ALERJ Notícias. Disponível em <www.alerj.rj.gov.br>. Acesso em: 2 out. 2011.

gestão; a obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal na contratação de pessoal e a determinação de que o Estado não responderá civilmente pelos atos praticados pelas OSs.

1.20 RIO GRANDE DO NORTE

No Estado do Rio Grande do Norte, assim como ocorre no Espírito Santo, os requisitos de qualificação das chamadas Organizações Sociais foram definidos por meio de Lei Complementar. Mas apesar da peculiaridade em relação à forma, a Lei Complementar n. 271, de 26 de fevereiro de 2004⁶² não apresentou grandes distinções da Lei das Organizações Sociais em âmbito federal, sobretudo em relação ao conteúdo que define os requisitos de qualificação.

Quanto aos demais tipos de entidades do terceiro setor, ainda não há no Estado do Rio Grande do Norte regulamentação expressa que defina os critérios de qualificação, as condições de parceria de tais entidades com o Estado, etc.

O último levantamento de dados realizado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão identificou apenas uma entidade qualificada como Organização Social no estado do Rio Grande do Norte, embora a LC n.271 já vigore desde 2004.

1.21 RIO GRANDE DO SUL

Vige atualmente no Estado do Rio Grande do Sul a Lei n. 12.901, de 11 de janeiro de 2008, que dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como OSCIP, institui o Termo de Parceria e dá outras providências.⁶³

Diferente do que ocorre na maioria dos Estados, o Rio Grande do Sul tem demonstrado uma maior autonomia legislativa: ao tratar da qualificação das OSCIPs, por exemplo, não reproduziu literalmente os requisitos previstos pela legislação federal (Lei nº 9.790/99). Assim, a Lei estadual n. 12.901/2008 incluiu e suprimiu alguns dispositivos previstos na Lei Federal nº 9.790/1999 de modo a expandir consideravelmente o

62 RIO GRANDE DO NORTE. *Lei Complementar nº 271 de 26 de fevereiro de 2004* - Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Estadual de Publicização, e dá outras providências. Disponível em: <www.al.rn.gov.br> Acesso em 25 de setembro de 2011

63 RIO GRANDE DO SUL. *Lei 12.901, de 11 de janeiro de 2008*. Dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, institui o termo de parceria e dá outras providências. . Disponível em: <www.al.rs.gov.br> Acesso em 25 de setembro de 2011.

rol de entidades privadas sem fins lucrativos que poderiam qualificar-se como OSCIPs no âmbito estadual.⁶⁴

Além disso, o Estado do Rio Grande do Sul publicou, em 13 de março de 2008, o Decreto n. 45.541/2008, dispondo sobre o procedimento para qualificação de uma OSCIP, as formas de perda dessa qualificação, as condições em que dever ser firmado o Termo de Parceria, etc.⁶⁵ Em que pese referida expansão, foram identificadas apenas duas entidades regularmente qualificadas como OSCIPs no âmbito estadual.

Em relação às demais entidades do Terceiro Setor, verificou-se que o Estado do Rio Grande do Sul reconhece a existência de outros tipos de entidades de colaboração, mas não dispõe de legislação específica aplicável a essas entidades. Um exemplo desse reconhecimento é a Lei n. 11.569/2001, que dispõe sobre o apoio técnico e financeiro *a entidades e organizações não-governamentais* que atuam na assistência e recuperação de dependentes químicos no Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências⁶⁶.

Destaca-se que, embora o estado do Rio Grande do Sul não disponha de legislação própria para a qualificação e regulamentação das Organizações Sociais, cinco municípios gaúchos⁶⁷ se adiantaram ao governo estadual e editaram leis sobre a referida matéria. Destes municípios, quatro deles possuem entidades regularmente qualificadas como OS no âmbito municipal, e dois deles firmaram Contratos de Gestão com as referidas entidades.

1.22 RONDÔNIA

O Estado de Rondônia, em que pese também reconheça a existência de entidades qualificadas como OSCIPs, OSs, Declaradas de

64 A Lei estadual n. 12.901/2008 suprimiu alguns dos incisos do rol de entidades que não poderiam qualificar-se como OSCIPs e, ainda, incluiu outros dispositivos de forma a aumentar a lista das entidades que poderiam qualificar-se como OSCIPs.

65 RIO GRANDE DO SUL. Decreto n.º 45.541, de 13 de março de 2008. Regulamenta a Lei n.º 12.901, de 11 de janeiro de 2008, que dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, a celebração do Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <www.al.rs.gov.br> Acesso em: 25 set. 2011

66 RIO GRANDE DO SUL. Lei n.º 11.569, de 04 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o apoio técnico e financeiro a entidades e organizações não-governamentais que atuam na assistência e recuperação de dependentes químicos no Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. Disponível em: <www.al.rs.gov.br> Acesso em 25 set. 2011.

67 Município de Carazinho, conforme Lei n. 5.708/2002; município de Guaporé, nos termos da Lei n. 2.623/2005; município de Santo Antônio da Patrulha, nos termos da Lei n. 4.221/2003; município de Serafina Corrêa, nos termos da Lei n. 1.842/2001; e município de Vila Maria, conforme Lei n. 1.364.

Utilidade Pública, etc., não possui Lei estadual que regulamente ou defina critérios de qualificação destas entidades. Um exemplo do mencionado reconhecimento, é a Lei n. 2.080/2009, que declara de utilidade pública a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público Pais e Filhos – OSCIP-PF⁶⁸.

1.23 RORAIMA

No Estado de Roraima, por outro lado, foi encontrada regulamentação específica apenas para as entidades Declaradas de Utilidade Pública, nos termos da Lei estadual n. 50/1993, que dispõe sobre normas para Declaração de Utilidade Pública para Sociedades Cíveis, Associações e Fundações do Estado de Roraima e dá outras providências⁶⁹.

Nota-se que o referido Estado não apresenta qualquer atuação legislativa que acompanhe as alterações normativas mais recentes acerca entidades de Terceiro Setor, vez que a última – e única – lei estadual referente ao tema foi publicada em 1993.

1.24 SANTA CATARINA

O Estado de Santa Catarina dispõe de legislação sobre o terceiro setor de forma bastante modesta, vez que apenas prevê regulamentação para atuação e qualificação das Organizações Sociais. Assim, a Lei estadual n. 12.929/2004, que institui o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais objetiva, nos termos de seu artigo 1º, fomentar a descentralização de atividades e serviços desempenhados por órgãos ou entidades públicos estaduais, para pessoas jurídicas de direito privado de fins não-econômicos cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à assistência social, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à comunicação, à cultura, ao turismo, ao esporte, à saúde e ao planejamento e gestão.⁷⁰

68 RONDÔNIA. *Lei nº 2.080 de 01 de junho de 2009*. Declara de utilidade pública a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público Pais e Filhos – OSCIP-PF. Disponível em: <www.ale.ro.gov.br> Acesso em: 28 set. 2011.

69 RORAIMA. *Lei nº 050 de 12 de novembro de 1993*. Dispõe sobre normas para Declaração de Utilidade Pública para Sociedades Cíveis, Associações e Fundações do Estado de Roraima e dá outras providências. Disponível em: <www.al.rr.gov.br> Acesso em: 28 set. 2011.

70 SANTA CATARINA. *Lei nº 12.929, de 04 de fevereiro de 2004*. Institui o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais e estabelece outras providências. Disponível em: <www.ale.sc.gov.br> Acesso em: 28 set. 2011.

Em que pese o conteúdo da Lei n. 12.929/2004 ter sido originariamente muito semelhante ao da Lei Federal n. 9.637/98, a legislação estadual sofreu diversas alterações desde sua publicação, e, em função disso, apresenta critérios de qualificação de entidades como OS distintos daqueles previstos pela legislação federal.

Foram reconhecidas, no estado de Santa Catarina, seis entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais, dentre as quais apenas duas firmaram Contrato de Gestão com o poder público estadual.

Em que pese o estado de Santa Catarina não tenha editado legislação própria sobre a qualificação das OSCIPs, o município de Araranguá, por meio da Lei Municipal n. 2.073/2001 já qualificou 26 entidades como OSCIPs em sua esfera de atuação.

1.25 SÃO PAULO

O Estado de São Paulo, por sua vez, dentre os 27 entes federados pesquisados (Estados e Distrito Federal), é o que mais regulamentou a atuação das entidades de terceiro setor no âmbito estadual, os requisitos de qualificação, as formas de parcerias com o Poder Público, etc.

Em relação ao objeto do presente estudo, qual seja, o estudo dos requisitos de qualificação das entidades de terceiro setor, verificou-se que o Estado de São Paulo regulamentou, de forma distinta, as duas principais entidades que compõem o terceiro setor - Organizações Sociais e OSCIPs.

Em relação às OSCIPs, o Estado de São Paulo editou dois instrumentos normativos principais: a Lei n. 11.598, de 15 de dezembro de 2003, que estabelece disposições relativas às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público⁷¹; e o Decreto n° 48.766, 30 de dezembro de 2004, que institui o Programa de Gestão Compartilhada de Unidades de Conservação do Estado de São Paulo por Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIPs, aprova modelo-padrão de Termo de Parceria e dá providências correlatas⁷². Esta Lei ordinária teve por escopo instituir o termo de parceria no âmbito do Estado, e foi devidamente regulamentada pelo decreto do executivo.

71 SÃO PAULO. *Lei n. 11.598, de 15 de dezembro de 2003*. Estabelece disposições relativas às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br>> Acesso em: out. 2011.

72 SÃO PAULO. *Decreto n° 48.766, 30 de dezembro de 2004*. Institui o Programa de Gestão Compartilhada de Unidades de Conservação do Estado de São Paulo por Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIPs, aprova modelo-padrão de Termo de Parceria e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br>> Acesso em: out. 2011

Embora a referida lei e seu respectivo regulamento autorizem realização de parcerias do poder público com OSCIPs no âmbito estadual, nenhum deles define expressamente os requisitos e critérios de qualificação de entidades privadas como OSCIPs, restringindo-se autorizar que seja firmado termo de parceria com entidade “[...] devidamente qualificada nos termos da Lei federal nº 9.790, de 23 de março de 1999.” (art. 2º da Lei nº 11.598/2003)

Já em relação às Organizações Sociais, o Estado de São Paulo não somente legislou sobre os requisitos de qualificação de entidades privadas como “OS”, como o fez restringindo consideravelmente o rol de entidades privadas sem fins lucrativos pudessem ser qualificadas como Organizações Sociais.

É que a Lei Complementar n. 846, de 4 de junho de 1998 do Estado de São Paulo define que somente poderão qualificar-se como organizações sociais aquelas pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde e à cultura⁷³. Tal previsão legal difere do que prevê a Lei federal n. 9.637/1998.

Apesar da referida restrição, as demais distinções no teor da Lei do Estado de São Paulo em relação à legislação federal foram menos significativas, sobretudo no tocante aos critérios para qualificação das Organizações Sociais. Além disso, o Estado de São Paulo é um dos que possuem o maior número de OSs regularmente qualificadas, manifestando, em janeiro de 2010, um total de 31 Organizações Sociais na esfera estadual, e 37 OSs distribuídas entre os 16 municípios que detém legislação própria para a qualificação e regulamentação das Organizações Sociais.

Atualmente, a gestão da saúde pública no Estado de São Paulo, por Organizações Sociais, alcança mais da metade dos hospitais do Estado⁷⁴ e têm sido intensamente ampliadas.⁷⁵

Além dos requisitos genéricos previstos pela Lei Complementar n. 846/1998, aquelas pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que desenvolvam atividades dirigidas à cultura e queiram se qualificar como Organizações Sociais, devem observar também os requisitos específicos previstos no Decreto n. 43.493/1998 e alterações

73 SÃO PAULO. *Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/>> Acesso em: out. 2011.

74 CERRI, Giovanni. *Ágeis e modernos: hospitais públicos geridos pela iniciativa privada são mais eficientes*. Carta Capital, 24/08/2011. (Entrevista)

75 MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. (Coord.) *Terceiro setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.;

posteriores, que dispõe sobre a qualificação das organizações sociais especificamente da área da cultura⁷⁶.

Importante destacar ainda que o Estado de São Paulo, além de regulamentar especificamente as entidades que compõem sua organização estatal (tais como as OS e OSCIP já mencionadas), ainda editou normas regulamentadoras da atividade do Terceiro Setor de forma genérica como, por exemplo, o Decreto n. 51.291/2006 que dispõe sobre o Cadastro de Parceiros do Terceiro Setor e dá providências correlatas⁷⁷; a Portaria SF/GS/CG n. 4, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados referentes ao controle e fiscalização dos recursos públicos geridos pelas entidades do Terceiro Setor parceiras do Estado e o Decreto n. 51.346, de 8 de dezembro de 2006, que dispõe sobre o controle e fiscalização dos recursos públicos geridos pelas entidades do terceiro setor parceiras do Estado⁷⁸.

1.26 SERGIPE

O Estado de Sergipe prevê regulamentação expressa tanto para as Organizações Sociais (Lei n.º 5.217/2003, alterada pela Lei n.º 5.285/2004)⁷⁹ quanto para as *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público* (Lei n.º 5.850/2006)⁸⁰.

Ao comparar o conteúdo das legislações estaduais em relação às legislações federais, verificou-se que as Leis de OS e de OSCIP do Estado de Sergipe foram editadas de forma distinta: enquanto a Lei estadual n. 5.850/2006 reproduziu inteiramente o conteúdo da Lei federal n. 9.790/99 sobre a qualificação das OSCIPs, a Lei

76 SÃO PAULO. *Decreto n.º 43.493, de 29 de setembro de 1998*. Dispõe sobre a qualificação das organizações sociais da área da cultura e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/>> Acesso em: out. 2011.

77 SÃO PAULO. *Decreto n.º 51.291, de 22 de novembro de 2006*. Dispõe sobre o Cadastro de Parceiros do Terceiro Setor e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/>> Acesso em: out. 2011.

78 SÃO PAULO. *Decreto n.º 51.346, de 8 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre o controle e fiscalização dos recursos públicos geridos pelas entidades do terceiro setor parceiras do Estado. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/>> Acesso em: out. 2011.

79 SERGIPE. *Lei n.º 5.217 de 15 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como Organização Social e sua vinculação contratual com o Poder Público Estadual, e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.se.gov.br>> Acesso em: out. 2011.

80 SERGIPE. *Lei n.º 5.850 de 16 de março de 2006*. Dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, e institui o Termo de Parceria; altera o "caput" do art. 5.º da Lei n.º 5.217, de 15 de dezembro de 2003, e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.se.gov.br>> Acesso em: out. 2011.

n. 5.217/2003 fez diversas alterações – tanto de forma quanto de conteúdo – em relação à Lei federal n. 9.637/98, quanto aos requisitos de qualificação de entidades privadas como Organizações Sociais. O conteúdo já se difere pela própria estrutura adotada pela lei estadual a partir do seu Título Único (Da qualificação como organização social e sua vinculação contratual ao poder público estadual), composto pelos seguintes capítulos: Capítulo I - Da qualificação e seus efeitos, Capítulo II - Do vínculo contratual com o poder público, Capítulo III - Do regime de controle.

Assim, o vínculo a ser firmado entre o Estado de Sergipe e as OSs não é chamado de “contrato de gestão”, mas apenas “contrato”; há previsão para que o Conselho de Administração da OS seja composto por representantes do Poder Público sem que seja determinado o índice percentual, dentre outras diferenças de menor relevância.

Conforme o mais recente levantamento de dados realizado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em janeiro de 2010 haviam cinco entidades privadas qualificadas como OSCIP e nenhuma entidade qualificada como OS no Estado de Sergipe.

1.27 TOCANTINS

O Estado do Tocantins, em que pese prever a existência de entidades sem fins lucrativos qualificadas como Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse público em sua estrutura organizacional, não dispõe de legislação estadual específica que regulamente ou defina requisitos de qualificação para estas entidades.

Veja-se, como exemplo, o teor da Lei de Diretrizes Orçamentárias n. 2.173, de 5 de novembro de 2009⁸¹, em que há previsão para que Organizações Sociais (OS) e OSCIPs sejam incluídas na Lei Orçamentária e nos créditos adicionais, quando recebam qualquer tipo de repasse da administração pública estadual.⁸²

81 TOCANTINS. *Lei n° 2.173, de 5 de Novembro de 2009*. Dispõe sobre as Diretrizes Orçamentárias do Estado para o exercício financeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.al.to.gov.br>> Acesso em: out. 2011.

82 Art. 29 Somente serão incluídas na Lei Orçamentária e em seus créditos adicionais, dotações a título de subvenções sociais, contribuições ou auxílios, se destinadas a entidades privadas de fim não-lucrativo que preencham uma das seguintes condições: [...] IV - qualifiquem-se como organização social ou filantrópica, ou como organização da sociedade civil de interesse público. (TOCANTINS, 2011)

2 QUADRO SÍNTESE DAS LEGISLAÇÕES ESTADUAIS VIGENTES

Estado	Organizações Sociais - OS	Ano de publicação	OSCIP	Ano de Publicação
Acre	-	-	X	2002
Alagoas	-	-	-	-
Amapá	X	2001	X	2000
Amazonas	-	-	X	2005
Bahia	X	2001	-	-
Ceará	X	1997	-	-
DF	X	2008	X	2009
Espírito Santo	X	2009	X	2010
Goiás	X	2005	X	2006
Maranhão	X	1998	X	1999
Mato Grosso	X	2004	X	2007
Mato Grosso do Sul	X	2000	-	-
Minas Gerais	-	-	X	2003
Pará	X	1996	-	-
Paraíba	-	-	-	-
Paraná	-	-	-	-
Pernambuco	X	2000	X	2000
Piauí	X	2005	-	-
Rio de Janeiro	X	2009/2011	X	2009
Rio Grande do Norte	X	2004	-	-
Rio Grande do Sul	X	2001	X	2008
Rondônia	-	-	-	-
Roraima	-	-	-	-
Santa Catarina	X	2004	-	-
São Paulo	X	1998	X	2003
Sergipe	X	2003	X	2006
Tocantins	-	-	-	-

Fonte: Pesquisa direta, coletas nos sítios oficiais dos Estados-membros na *internet*.

3 CONCLUSÕES

O quadro geral demonstrou a importância do tema para os Estados-membros e Distrito Federal nos últimos 15 anos.

Da síntese dos dados obtidos nos 27 entes federados estudados, tem-se que: 17 editaram legislações específicas sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais (63%); 14 sobre Organizações da

Sociedade Civil de Interesse Público (52%); 10 sobre as duas espécies citadas (37%) e apenas 6 não legislaram sobre a matéria (22%).

Nos entes federativos em que não foi localizada legislação sobre o tema, ora há indicativos de tramitação de projeto de lei sobre a matéria, como foi apontado no caso do Estado de Alagoas, ora por que ainda encontra-se mantido o modelo das entidades declaradas de utilidade pública, como foi o caso de Roraima. Ainda verificaram-se casos de Estados que simplesmente remetem-se à legislação federal, ao invés de editar regras próprias sobre o assunto.

Indicativo importante dos dados levantados, ainda a exigir aprofundamento de estudos, refere-se à edição de legislação acerca da declaração de utilidade pública pelos Estados-membros da federação brasileira. O levantamento apontou apenas a existência de legislação que estabelece critérios para que a entidade seja declarada de utilidade pública nos Estados de Minas Gerais e Roraima. E, enquanto as críticas doutrinárias dirigem-se aos mais recentes modelos de parcerias com as entidades do terceiro setor (OSs e OSCIPs), pouca atenção tem sido dada ao modelo mais consolidado, modelo este que também deve adequar-se ao paradigma do Estado Democrático de Direito e aos princípios da Administração Pública.

Quanto ao conteúdo, foi observado que essas legislações reproduzem, de maneira quase textual, as legislações federais editadas sobre o tema, reproduzindo os seus modelos, regras e abrangência.

Outro fator que demonstra a similitude das legislações estaduais com a federal diz respeito ao período em que essas legislações foram aprovadas: como a lei das OSs é anterior a das OSCIPs na esfera federal, o mesmo ocorreu na maioria dos estados da federação brasileira.

Informação relevante também levantada diz respeito ao fato de que, em alguns Estados, em que pese não ter sido localizada legislação sobre OS e OSCIP, outras legislações estaduais, como as de natureza orçamentária, reconhecem a existência destas categorias de entidades já qualificadas pela legislação federal, como é o caso do Estado de Tocantins e Rondônia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Planejamento. Secretaria de Gestão. *Relações de parceria entre poder público e entes de cooperação e colaboração no Brasil*. Disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br/projetos-acoess/pasta.2009-07-.pdf>> Acesso em: set. 2010.

CERRI, Giovanni. Ágeis e modernos: hospitais públicos geridos pela iniciativa privada são mais eficientes. *Carta Capital*, 24/08/2011. (Entrevista)

CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-moderno*. v.1. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação – por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DOMINGUES, Carlos Vasconcelos. *O controle externo e novos modelos de gestão de serviços públicos: as organizações sociais*. Salvador: Tribunal de Contas, 1999.

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

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1 e 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade- novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. (Coord.) *Terceiro setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.). *Estado Democrático de Direito e Terceiro Setor*. Série Pensando o Direito nº 16/2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 27 ago. 2010.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.) *O novo direito administrativo brasileiro: o estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

ACRE. *Assembleia Legislativa*. Disponível em: <<http://www.aleac.net>> Acesso em: 03 e 04 set. 2011.

ACRE. *Lei nº 2.334, de 26 de outubro de 2010*. Declara de Utilidade Pública a Associação Batista Celeiro – ABAC. Disponível em: <<http://www.aleac.net.pdf>> Acesso em: 3 e 4 set. 2011a.

ACRE. *Lei n. 1.428, de 2 de janeiro de 2002*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), institui e disciplina o termo de parceria. Disponível em: <www.aleac.net> Acesso em: 3 e 4 set. 2011b

ACRE. *Constituição do Estado (1989)*. Disponível em: <www.aleac.net> Acesso em: 3 e 4 set. 2011c

ALAGOAS. *Lei nº 7.279, de 26 de setembro de 2011*. Considera de utilidade pública a Associação dos Servidores da Assembleia Legislativa de Alagoas - ASSALA. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/leis/leis-ordinarias/2011/decreto-7.279>> Acesso em: set. 2011.

ALAGOAS. Assembleia Legislativa. Disponível em: <<http://www.ale.al.gov.br/www/noticiasTexto.asp?id=1660>> Acesso em: 7 e 8 abr. 2010.

AMAPÁ. *Lei Nº 599, de 25 de abril de 2001*. Dispõe sobre a qualificação de Organizações Sociais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.ap.gov.br/>> Acesso em: set. 2011a

AMAPÁ. *Lei Nº 496 de 04 de janeiro de 2000*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina a celebração de Termo de Parceria, Convênio, Contrato e Ajuste com o Governo do Estado do Amapá e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.ap.gov.br/>> Acesso em: set. de 2011b.

AMAZONAS. *Lei nº 3.017, de 21 de dezembro de 2005*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria no âmbito do Estado do Amazonas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.aleam.gov.br>> Acesso em setembro de 2011.

BAHIA. *Lei nº 11.482 de 10 de Julho de 2009* - Dispõe sobre as diretrizes orçamentárias para o exercício de 2010 e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.seplan.ba.gov.br/sgc/arquivos/>> Acesso em: set. 2011.

BAHIA. *Lei nº 8.647 de 29 de julho de 2003*. Dispõe sobre o Programa Estadual de Organizações Sociais e dá outras providências. <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/85386/lei-8647-03-bahia-ba>> Acesso em: set. 2011.

BRASIL. Presidência da República. *Base da legislação federal do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: out. 2011.

CEARÁ. *Lei nº 12.781, de 30 de dezembro de 1997*. Institui o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, dispõe sobre a qualificação destas entidades e dá outras providências. Disponível em: <www.al.ce.gov.br/legislativo/tramitando/lei/12781.htm> Acesso em: set. 2011.

DISTRITO FEDERAL. *Lei nº 4.301, de 27 de janeiro de 2009* - Dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP no âmbito do Distrito Federal e dá outras providências. 2011a

DISTRITO FEDERAL. *Lei n. 4.081, de 4 de janeiro de 2008* - Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais no âmbito do Distrito Federal e dá outras providências. 2011b

ESPÍRITO SANTO. *Lei Complementar n 564, de 20 de julho de 2010*. Dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP e dá outras providências. Disponível em: <<http://governoservico.es.gov.br/>> Acesso em: set. 2011a.

ESPÍRITO SANTO. *Lei Complementar nº 489, de 22 de julho de 2009*. Cria o Programa de Organizações Sociais do Espírito Santo, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências. Disponível em: < http://secult.es.gov.br/_midias/pdf/2472-4a8ec62778f6f.pdf> Acesso em set. 2011b.

GOIÁS. *Lei n 15.503, de 28 de dezembro de 2005*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais estaduais e dá outras providências. Disponível em: <www.assembleia.go.gov.br> Acesso em: 20 e 21 ago. 2011a.

GOIÁS. *Lei n 15.731, de 07 de julho de 2006*.. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público Estadual, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <www.assembleia.go.gov.br> Acesso em: 20 e 21 ago. 2011b

MARANHÃO. *Lei nº 7.462, de 8 de novembro de 1999*. Autoriza o Poder Executivo a firmar termo de parceria com organizações da sociedade civil

de interesse público e a abrir crédito especial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.ma.gov.br>> Acesso em: set. 2011b.

MARANHÃO. *Lei n.º 7.066, de 3 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a qualificação das entidades como Organizações Sociais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.ma.gov.br>> Acesso em: set. 2011a.

MATO GROSSO. *Lei Complementar n.º 150, de 08 de janeiro de 2004*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais - OS, no âmbito do Poder Executivo Estadual, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.mt.gov.br/>> Acesso em: set. 2011a.

MATO GROSSO. *Lei n.º 8.687, de 24 de julho de 2007*. Dispõe sobre a cooperação entre o Poder Público Estadual e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, disciplinando, em conformidade com a legislação federal, a celebração do Termo de Parceria. Disponível em: <<http://www.al.mt.gov.br/>> Acesso em: set. 2011b.

MATO GROSSO. *Lei n.º 8.707, de 13 de setembro de 2007*. Dispõe sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e dá outras providências (OSCIP). Disponível em: <<http://www.al.mt.gov.br/>> Acesso em: set. 2011c.

MATO GROSSO. *Lei n.º 8.062, de 29 de dezembro de 2003*. Declara de utilidade pública a Organização Social e Ambiental da Fauna e Flora do Brasil - OSAFF. Disponível em: <<http://www.al.mt.gov.br/>> Acesso em: set. 2011d

MATO GROSSO DO SUL. *Lei n.º 2152 de 26 de outubro de 2000*. Dispõe sobre a reorganização da estrutura básica do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.legisweb.com.br/legislacao/?legislacao=386461>> Acesso em: set. 2011.

MINAS GERAIS. *Decreto n.º 43.749 de 12 de fevereiro de 2004*. Regulamenta a Lei n.º 14.870, de 16 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o termo de parceria, e dá outras providências. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em: 13 e 14 set. 2011 a

MINAS GERAIS. *Decreto n.º 43.818, de 16 de junho de 2004*. Altera o Decreto n.º 43.749, de 12 de Fevereiro de 2004 que regulamenta a Lei n.º 14.870, de 16 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organização da Sociedade Civil de

Interesse Público, institui e disciplina o termo de parceria. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em: 13 e 14 set. 2011 b

MINAS GERAIS. *Decreto nº 43.867, de 13 de setembro de 2004*. Altera o Decreto nº 43.749, de 12 de fevereiro de 2004, que regulamenta a Lei nº 14.870, de 16 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em: 13 e 14 set. 2011 c

MINAS GERAIS. *Decreto nº 44.298, de 23 de maio de 2006*. Altera o Decreto nº 43.749, de 12 de fevereiro de 2004, que regulamenta a lei nº 14.870, de 16 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, como Organização de Sociedade Civil de Interesse Público. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em: 13 e 14 set. 2011 d

MINAS GERAIS. *Lei nº 12.262, de 23 de julho de 1996*. Dispõe sobre a política estadual de Assistência Social, cria o Conselho Estadual de Assistência Social - CEAS - e dá outras providências. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em: 13 e 14 set. 2011e

MINAS GERAIS. *Lei nº 12.972, de 27 de julho de 1998*. Dispõe sobre a Declaração de Utilidade Pública e dá outras providências. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em: 13 e 14 set. 2011f

MINAS GERAIS. *Lei n. 14.870, de 16 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como OSCIP e dá outras providências. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em: 13 e 14 set. 2011g

PARÁ. *Lei nº 5.935, de 04 de janeiro de 1996*. Dispõe sobre a obrigatoriedade do curso de treinamento nas academias das Polícias Civil e Militar a todos os guardas de segurança existentes no Estado do Pará. Disponível em: <www.alepa.pa.gov.br> Acesso em: 15 set. 2011a.

PARÁ. *Lei nº 5.980, de 19 de julho de 1996*. Dispõe sobre as entidades qualificadas como Organizações Sociais. Disponível em: <www.alepa.pa.gov.br> Acesso em: 15 set. 2011b.

PARÁ. *Lei nº 6.773, de 23 de agosto de 2005*. Altera a Lei nº 5.980, de 19 de julho de 1996, que dispõe sobre as entidades qualificadas como Organizações Sociais. Disponível em: <www.alepa.pa.gov.br> Acesso em: 15 set. 2011c.

PARAÍBA. *Lei nº 6.117 de 16 de outubro de 1995*. Reconhece de utilidade pública a entidade de direito privado, sem fins lucrativos, Malungos Organização da Comunidade Negra da Paraíba e dá outras providências. Disponível em: <www.al.pb.ov.br> Acesso em: 15 set. 2011a.

PARAÍBA. *Lei nº 9.196 de 09 de julho de 2010*. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária para o exercício financeiro de 2011 e dá outras providências. Disponível em: <www.al.pb.ov.br> Acesso em: 15 set. 2011b

PARANÁ. *Lei nº 15.705 30 de novembro de 2007*. Declara de utilidade pública a Sociedade de Organização Social Vida S.O.S VIDA, com sede e foro no Município de Medianeira. Disponível em: <alep.pr.gov.br> Acesso em: 15 set. 2011a.

PARANÁ. *Lei nº 16.281 de 20 de novembro de 2009*. Dispõe que o Tribunal de Contas do Estado encaminhará à Assembléia Legislativa relatório descritivo contendo todos os valores repassados pela Administração Pública direta e indireta do Estado do Paraná e dos Municípios paranaenses às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos. Disponível em: <alep.pr.gov.br> Acesso em: 15 set. 2011b

PARANÁ. *Lei nº 17.032 de 21 de dezembro de 2011*. Altera a lei nº 16.897, de 10 de agosto de 2011. (as Instituições Privadas, de utilidade pública ou não, que recebam recursos públicos, ficam obrigadas a publicar, em página eletrônica própria - Internet, os demonstrativos das transferências realizadas pelo governo estadual ou municipal e a respectiva prestação de contas). Disponível em: <alep.pr.gov.br> Acesso em 12 de janeiro de 2012 c

PERNAMBUCO. *Lei nº 11.743, de 20 de janeiro 2000*. Sistematiza a prestação de serviços públicos não exclusivos, dispõe sobre a qualificação de Organizações Sociais e da Sociedade Civil de interesse público e o fomento às atividades sociais, e dá outras providências. Disponível em: <www.alepe.pe.gov.br> Acesso em: 17 set. 2011a

PERNAMBUCO. *Decreto nº 23.046 de 19 de fevereiro 2001*. Regulamenta a Lei nº 11.743, de 20 de Janeiro de 2.000, que instituiu o Sistema Integrado de Prestação de Serviços Públicos Não-Exclusivos; dispõe sobre a qualificação e funcionamento das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, e dá outras providências. Disponível em: <www.alepe.pe.gov.br> Acesso em: 17 set. 2011 b

PIAUÍ. *Lei nº 5.519 de 2005, de 4 de julho de 2004*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais, e dá outras providências. Disponível em: <www.alepi.pi.gov.br> Acesso em: 17 set. 2011.

RIO DE JANEIRO. *Lei nº 5.498 de 07 de julho de 2009*. Dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como Organizações Sociais, mediante contrato de gestão, e dá outras providências. Disponível em: <www.alerj.rj.gov.br> Acesso em: 24 set. 2011 a

RIO DE JANEIRO. *Lei nº 5501, de 07 de julho de 2009*. Dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP e dá outras providências. Disponível em: <www.alerj.rj.gov.br> Acesso em: 24 set. 2011b

RIO DE JANEIRO. *Lei nº 6.043 de 19 de setembro de 2011*. Dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como Organizações Sociais, no âmbito da saúde, mediante contrato de gestão, e dá outras providências. Disponível em: <www.alerj.rj.gov.br> Acesso em 24 set. 2011c

RIO DE JANEIRO. Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *ALERJ Notícias*. Disponível em <www.alerj.rj.gov.br>. Acesso em: 2 out. 2011d.

RIO GRANDE DO NORTE. *Lei Complementar nº 271 de 26 de fevereiro de 2004* - Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Estadual de Publicização, e dá outras providências. Disponível em: <www.al.rn.gov.br> Acesso em: 25 set. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei 12.901, de 11 de janeiro de 2008*. Dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, institui o termo de parceria e dá outras providências. . Disponível em: <www.al.rs.gov.br> Acesso em: 25 set. 2011a.

RIO GRANDE DO SUL. *Decreto nº 45.541, de 13 de março de 2008*. Regulamenta a Lei nº 12.901, de 11 de janeiro de 2008, que dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, a celebração do Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <www.al.rs.gov.br> Acesso em: 25 set. 2011b

RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 11.569, de 04 de janeiro de 2001*. Dispõe sobre o apoio técnico e financeiro a entidades e organizações não-governamentais

que atuam na assistência e recuperação de dependentes químicos no Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. Disponível em: <www.al.rs.gov.br> Acesso em: 25 set. 2011c

RIO GRANDE DO SUL. *Lei n. 12.901 de 11 de janeiro de 2008*. Dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como OSCIP, institui o Termo de Parceria e dá outras providências. Disponível em: <www.al.rs.gov.br> Acesso em: 25 set. 2011d

RONDÔNIA. *Lei n.º 2.080 de 01 de junho de 2009*. Declara de utilidade pública a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público Pais e Filhos – OSCIP-PF. Disponível em: <www.ale.ro.gov.br> Acesso em: 28 set. 2011a.

RORAIMA. *Lei n.º 050 de 12 de novembro de 1993*. Dispõe sobre normas para Declaração de Utilidade Pública para Sociedades Cívis, Associações e Fundações do Estado de Roraima e dá outras providências. Disponível em: <www.al.rr.gov.br> Acesso em: 28 set. 2011.

SANTA CATARINA. *Lei n.º 12.929, de 04 de fevereiro de 2004*. Institui o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais e estabelece outras providências. Disponível em: <www.ale.sc.gov.br> Acesso em: 28 set. 2011.

SÃO PAULO. *Lei n. 11.598, de 15 de dezembro de 2003*. Estabelece disposições relativas às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2003/lei%20n.11.598,%20de%2015.12.2003.htm>> Acesso em: out. 2011a.

SÃO PAULO. *Decreto n.º 48.766, 30 de dezembro de 2004*. Institui o Programa de Gestão Compartilhada de Unidades de Conservação do Estado de São Paulo por Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIPs, aprova modelo-padrão de Termo de Parceria e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/>> Acesso em: out. 2011b.

SÃO PAULO. *Lei Complementar n.º 846, de 4 de junho de 1998*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/>> Acesso em: out. 2011c.

SÃO PAULO. *Decreto n.º 43.493, de 29 de setembro de 1998*. Dispõe sobre a qualificação das organizações sociais da área da cultura e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/>> Acesso em: out. 2011d.

SÃO PAULO. *Decreto n. 51.291, de 22 de novembro de 2006*. Dispõe sobre o Cadastro de Parceiros do Terceiro Setor e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/>> Acesso em: out. 2011e.

SÃO PAULO. *Decreto n. 51.346, de 8 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre o controle e fiscalização dos recursos públicos geridos pelas entidades do terceiro setor parceiras do Estado. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/>> Acesso em: out. 2011f.

SERGIPE. *Lei nº 5.217 de 15 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como Organização Social e sua vinculação contratual com o Poder Público Estadual, e dá providências correlatas. Disponível em: <http://www.al.se.gov.br/Detalhe_Lei.asp?Numerolei=5074> Acesso em: out. 2011a.

SERGIPE. *Lei nº 5.850 de 16 de março de 2006*. Dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, e institui o Termo de Parceria; altera o “caput” do art. 5º da Lei nº 5.217, de 15 de dezembro de 2003, e dá providências correlatas. Disponível em: <http://www.al.se.gov.br/Detalhe_Lei.asp?Numerolei=6732> Acesso em: out. 2011b.

TOCANTINS. *Lei nº 2.173, de 5 de Novembro de 2009*. Dispõe sobre as Diretrizes Orçamentárias do Estado para o exercício financeiro de 2010. Disponível em: <http://www.al.to.gov.br/arq/AL_arquivo/26113_Lei2173-09.pdf> Acesso em: out. 2011.

**ACCOUNTABILITY, CONTROLE SOCIAL E
COPRODUÇÃO DO BEM PÚBLICO: A ATUAÇÃO
DE VINTE OBSERVATÓRIOS SOCIAIS BRASILEIROS
VOLTADOS À CIDADANIA E À EDUCAÇÃO FISCAL**

*ACCOUNTABILITY, SOCIAL CONTROL AND CO-PRODUCTION OF
PUBLIC GOODS: THE ACTION OF TWENTY BRAZILIAN SOCIAL
OBSERVATORIES AIMED AT CITIZENSHIP AND FISCAL EDUCATION*

Paula Chies Schommer

*Professora de Administração Pública da Universidade do Estado de Santa Catarina –
Udesc/Esag. Doutora em Administração pela FGV/Eaes*

Jonas Tadeu Nunes

*Coordenador do Observatório Social de Itajaí. Mestre em Políticas e Planejamento
Universitário pela UFSC. Graduado em Filosofia, Direito, Pedagogia e Estudos Sociais*

Rubens Lima Moraes

*Estagiário do Observatório Social de Florianópolis. Graduando em
Administração Pública e Bolsista Iniciação Científica pela Universidade do
Estado de Santa Catarina – Udesc.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Observatórios sociais, coprodução do bem público e accountability democrática; 2 A atuação de observatórios da Rede Observatório Social do Brasil de Controle Social; 3 Considerações finais; Referências

RESUMO: Em meio ao processo de amadurecimento político e institucional da democracia brasileira, uma das maneiras pelas quais a sociedade ocupa espaços de participação na gestão pública ocorre pelo engajamento em observatórios sociais. Neste trabalho, busca-se descrever características da atuação de observatórios sociais voltados à cidadania e à educação fiscal e discutir seus potenciais e limites de contribuição para a *accountability* e a qualidade da gestão pública. Inicialmente, são detalhadas informações sobre estrutura e linhas de atuação de vinte integrantes da Rede Observatório Social do Brasil (OSB) de Controle Social, o que inclui atividades de monitoramento, educação para a cidadania fiscal e melhoria da qualidade da gestão pública. Em seguida, demonstra-se a articulação entre controle social e outros mecanismos de controle – administrativo, parlamentar, judicial e de resultados – na promoção de *accountability* e explora-se o sentido das noções de política e de cidadania presentes na ação dos observatórios, à luz de referenciais sobre coprodução do bem público. A pesquisa foi realizada entre 2010 e 2011, baseada em referenciais bibliográficos e documentais, no acompanhamento de dois observatórios catarinenses e nas respostas de gestores de vinte observatórios sociais da Rede OSB de Controle Social a um questionário estruturado.

PALAVRAS-CHAVE: *Accountability*. Controle Social. Coprodução do Bem Público. Observatórios Sociais. Cidadania.

ABSTRACT: Amidst the political and institutional maturing of Brazilian democracy, one of the ways in which society takes part in public administration affairs is through involvement in social observatories. In this paper we describe the operational characteristics of Brazilian social observatories aimed at citizenship and fiscal education, and discuss their limitations and capacities in contributing to accountability and to the quality of public administration. We first present details about the structure and lines of action of twenty members of the Brazilian Social Observatory Network for Social Control, including monitoring, education for fiscal citizenship and improving the quality of public administration activities. Then we demonstrate the linkages between social control and other control mechanisms – managerial, parliamentary, judicial and results evaluation – in promoting accountability and explore the meanings of notions of politics and citizenship that can be seen in observatory activities, in the light of references about the co-production of public goods. The research was conducted in 2010 and 2011 and was based on bibliography and documental references, the detailed

examination of two observatories in the Brazilian state of Santa Catarina, and responses to a structured interview conducted with managers of twenty social observatories that are members of the above-mentioned Social Observatory Network.

KEYWORDS: Accountability. Social Control. Co-production of Public Goods. Social Observatories. Citizenship.

INTRODUÇÃO

A característica fundamental de um observatório é a de monitorar, produzir e difundir informações sistemáticas sobre certo tema, problema, política ou região. Como mecanismo de controle social, em interação com mecanismos de controle institucional, um observatório potencialmente contribui para gerar debates, avaliar, tomar decisões e controlar políticas e governantes. Sua ação pode gerar efeitos positivos sobre a qualidade da gestão pública e a *accountability* democrática, esta compreendida como processo de contínua responsabilização dos governantes por seus atos e omissões perante os governados¹.

Experiências de controle social e mobilização cidadã nos campos do combate à corrupção, da melhoria da gestão de recursos e de políticas públicas, da promoção da qualidade de vida nas cidades e da responsabilização de governantes por seus atos e omissões tem ocorrido recentemente no Brasil. Uma delas é a Rede Observatório Social do Brasil (OSB) de Controle Social, fruto da iniciativa de lideranças empresariais e servidores públicos paranaenses frente a escândalos de corrupção, que levou à criação de dezenas de observatórios dedicados à promoção da cidadania e da educação fiscal pelo país, sobretudo na região Sul. A Rede foi inspirada na experiência do Observatório Social de Maringá (OSM), constituído em 2006, voltado ao combate à corrupção, ao engajamento da população em cidadania fiscal e à melhoria da gestão de recursos públicos naquele município. O OSM ganhou reconhecimento na sua região e para além dela, conquistando premiação na categoria Tecnologia Social da etapa regional do Prêmio FINEP de Inovação 0082e no Prêmio de Inovação Social CEPAL/Fundação Kellogg na América Latina e Caribe³.

1 ABRUCIO, F.L.; LOUREIRO, M.R. *Finanças públicas, democracia e accountability*. In: BIDERMAN, C.; ARVATE, P.R. (org.). *Economia do Setor Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

2 SISTEMA FIEP – Federação das Indústrias do Estado do Paraná. Notícias. *CITS e Observatório Social de Maringá vencem etapa regional do Prêmio Finep*. Publicado em 09.10.2008.

3 MARULANDA, N.R.; TANCREDI, F.B. De la innovación social a la política pública: historias de éxito en América Latina y el Caribe. Santiago del Chile: Naciones Unidas – CEPAL, 2010. (Colección Documentos de proyectos).

Nova fronteira de expansão de observatórios acontece atualmente no âmbito de movimentos como a Rede Nossa São Paulo e a Rede Social Brasileira por Cidades Justas e Sustentáveis⁴, que promovem o engajamento cidadão em prol da qualidade de vida nas cidades, ancorando seu trabalho na produção sistemática de dados e no monitoramento da gestão pública, em interação com órgãos e poderes institucionalizados e diversos segmentos da sociedade organizada. Outro exemplo é o da Rede AMARRIBO de Controle Social, originária da iniciativa de combate à corrupção no município paulista de Ribeirão Bonito, a qual obteve repercussão nacional ao compartilhar a experiência que levou à responsabilização de governantes, por meio da mobilização da população e articulação com a imprensa e organizações sociais locais e nacionais, além de órgãos de controle parlamentar, judicial e administrativo⁵.

Em paralelo aos potenciais e êxitos dessas iniciativas, as mesmas enfrentam dificuldades e dilemas, os quais são influenciados por certo desgaste da noção de participação, pela sofisticação de esquemas de corrupção, por dificuldades estruturais e por fragilidades da cultura política brasileira. Algumas delas reproduzidas nos próprios observatórios, que eventualmente revelam características de elitismo, corporativismo, formalismo, descontinuidade, falta de transparência e noção dicotômica entre democracia e eficiência ou entre técnica e política, esta vista como prejudicial à boa gestão. Entre os observatórios da Rede OSB, em particular, chama atenção a recusa de associados filiados a partidos políticos e o receio quanto ao uso do termo *política*, ao passo que se enfatiza o termo *cidadania*.

Diante de potenciais e limites da ação de observatórios sociais identificados na literatura e em pesquisa de campo realizada junto a observatórios da Rede OSB entre 2010 e 2011, o objetivo geral deste trabalho é caracterizar a atuação de observatórios sociais brasileiros voltados à cidadania e à educação fiscal e discutir seus potenciais e limites de contribuição para a *accountability* democrática e a qualidade da gestão pública. Como objetivos específicos, definimos: a) descrever características da estrutura e da atuação de vinte observatórios sociais ligados à Rede Observatório Social do Brasil (OSB) de Controle Social; b) demonstrar a articulação entre controle social e outros mecanismos de controle – administrativo, parlamentar, judicial e de resultados – na promoção de *accountability*; c) discutir o sentido das noções de política

4 NOSSA SÃO PAULO. *Quem somos*. Disponível em: <<http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/quem>>. Acesso em 14>. Out. 2011.

5 TREVISAN, A.M.; CHIZZOTTI, A.; IANHEZ, J.A.; CHIZZOTTI, J. VERILLO, J. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. Cotia: Ateliê Editorial, 2003.

e de cidadania presentes na ação dos observatórios, relacionando-as à coprodução do bem público. O texto fundamenta-se nos conceitos de *accountability* democrática, coprodução do bem público e observatórios sociais e em dados coletados na pesquisa, os quais são apresentados e discutidos em torno dos objetivos enunciados.

1 OBSERVATÓRIOS SOCIAIS, COPRODUÇÃO DO BEM PÚBLICO E ACCOUNTABILITY DEMOCRÁTICA

Accountability pode ser entendida como uma estratégia para responder a expectativas⁶, como obrigação de uma pessoa ou grupo de prestar contas por sua conduta diante de uma responsabilidade assumida perante outrem⁷ ou como condição que constrange o exercício do poder por meio de normas internas e pressões externas⁸. Na esfera pública, a *accountability* democrática é reconhecida como um dos alicerces da qualidade da administração pública e da própria democracia, sendo definida por Abrucio e Loureiro⁹ como o processo de contínua responsabilização dos governantes por seus atos e omissões perante os governados. Avanços em responsabilização em cada país costumam vincular-se ao amadurecimento de sua cultura política¹⁰, o que passa pela construção de mecanismos institucionais de controle e de sanção¹¹.

A democracia brasileira, embora venha avançando nas últimas décadas, foi considerada por O'Donnel¹² como *democracia delegativa*, na qual a sociedade, embora disponha de instrumentos próprios das democracias plenas (especialmente eleições amplas e livres para representantes e governantes), utiliza-os de forma parcial ou tutelada, outorgando plenos poderes aos eleitos, sem exigir deles prestações de contas em relação ao prometido no processo eleitoral, caracterizando o

6 HEIDEMANN, F.G. *Ética de responsabilidade: sensibilidade e correspondência a promessas e expectativas contratadas*. In: HEIDEMANN, F.G.; SALM, J.F. (orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009. p. 301-9.

7 KLUVERS, R.; TIPPETT, J. *Mechanisms of accountability in local government: an exploratory study*. *International Journal of Business and Management*. v.5, n.7, p. 46-53, Jul., 2010.

8 KOPPELL, J.G.S. Pathologies of accountability: ICANN and the Challenge of "Multiple Accountabilities Disorder". *Public Administration Review*, v. 65, n.1, p. 94-108, Jan./Feb. 2005.

9 op. cit.

10 CAMPOS, A.M. Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista da Administração Pública*. vol. 24, n. 2, p. 30-50, fev./abr. 1990.

11 CENEVIVA, R. Accountability: *novos fatos e novos argumentos* – uma revisão da literatura recente. Anais do EnAPG 2006. Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD. São Paulo, ANPAD, 2006.

12 O'DONNELL, G. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Revista Lua Nova*, v. 44, p. 27-54. 1998.

chamado *déficit de accountability* – falta de ou baixo grau de cobrança da sociedade sobre seus representantes e governantes¹³. Ou democracia imperfeita (*flawed democracy*), de acordo com classificação de estudo realizado pelo *The Economist*, em 2006, na qual o Brasil alcançou bom desempenho em itens como processo eleitoral e liberdade civil e baixo desempenho em funcionamento do governo, participação política e cultura política¹⁴.

Embora se reconheça que a incorporação da noção de *accountability* na democracia brasileira enfrente fragilidades que historicamente marcam a relação Estado-sociedade¹⁵ e a cultura política do país¹⁶, desde a década de 1980 vem ocorrendo avanços que contribuem para que *accountability* seja tema mais presente no debate acadêmico e político, perseguida no desenho de regras institucionais e práticas de gestão e no exercício do controle social^{17 18 19}. Tanto no aspecto institucional-legal como no de mobilização social, existe atualmente uma preocupação em construir instrumentos que acelerem a redução de nosso *déficit de accountability*.

Certos avanços estão na Constituição Federal de 1988, que ampliou e criou instrumentos de controle e accountability nas relações entre os Poderes e destes com a sociedade. Entre eles: novos canais de participação popular, como conselhos consultivos e deliberativos de políticas públicas, plebiscitos e audiências públicas; obrigatoriedade da estruturação de sistemas de controle interno para os Poderes nos três níveis de governo; ampliação da autonomia, das atribuições e da autoridade dos tribunais de contas e dos ministérios públicos; novos instrumentos e dinâmicas de formulação e controle orçamentário, incluindo Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA); obrigatoriedade de audiências públicas em diversas atividades, sobretudo no processo orçamentário; consolidação da componente técnica no julgamento político dos chefes do Executivo, nos três níveis de governo, mediante a obrigatoriedade da

13 O'DONNEL, op. cit.

14 PINHO, J.A.G.; SACRAMENTO, A.R.S. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, v. 43, n.6, p. 1343-68, nov./dez. 2009.

15 NUNES, E. A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar/ENA, 2003.

16 CAMPOS, op. cit;

17 ABRUCIO e LOUREIRO op. cit.

18 FARAH M.F.S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, p. 119-44, jan./fev. 2001.

19 PINHO e SACRAMENTO op. cit.

emissão e consideração de pareceres prévios pelos tribunais de contas²⁰. Outro marco na promoção da *accountability* foi a aprovação da Lei Complementar nº 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)²², e, posteriormente, a Lei Complementar nº 131/2009, a chamada Lei da Transparência²³.

Em paralelo aos avanços institucionalizados, iniciativas da própria sociedade fazem avançar o controle social, aquele exercido pelos cidadãos e suas organizações sobre os governantes, durante os mandatos, interagindo e acionando formas institucionalizadas de controle, como as que são exercidas pelo Judiciário, pelo Legislativo ou pelos órgãos de controle interno do aparato estatal.

Uma das condições para a efetividade dos mecanismos de *accountability* – sejam eles de controle social ou institucional, incluindo a preocupação com controle de resultados, é a possibilidade de se obter e divulgar diversidade de informações públicas qualificadas, com transparência e fidedignidade²⁴. Informações sobre recursos, decisões, desempenho e efeitos da ação governamental podem ser usadas para combater a corrupção, controlar promessas eleitorais e planos de governo, tomar decisões, qualificar o desenho de políticas públicas e premiar ou punir atos e omissões dos agentes públicos.

Tais informações podem ser consideradas como bem público que é coproduzido por diversos órgãos e instâncias de governo, em articulação com cidadãos e suas organizações, como os observatórios sociais. Estes podem, simultaneamente, demandar dos órgãos institucionais informações apropriadas às necessidades de controle político pela sociedade e produzir informações técnicas qualificadas que permitam contrapor, questionar ou dialogar com informações oficiais e, ainda, apontar novos interesses da população.

Compreende-se, assim, que a geração e o uso de informações para promover controle e *accountability* referem-se a um processo de coprodução do bem público, definido como uma estratégia para produção de bens e serviços públicos em rede, pressupondo o engajamento de cidadãos, governantes

20 BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Título III, Da Organização do Estado. Capítulo VII, Da Administração Pública, Seção I, Disposições Gerais. Artigo 37. 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_04.02.2010/art_37_shtm>. Acesso em 13 jul. 2010.

21 ROCHA, A. C. *O processo orçamentário brasileiro como instrumento de accountability*. Anais do EnAPG 2008. Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD. Salvador: ANPAD, 2008.

22 ABRUCIO e LOUREIRO op. cit.

23 BRASIL. *Lei Complementar nº131/2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp131.htm>. Acesso em 16 set. 2011.

24 ABRUCIO e LOUREIRO op. cit.

e organizações que interferem na esfera pública²⁵, exigindo espaços de interlocução e articulação em torno de práticas compartilhadas²⁶. Essa necessidade de engajamento dos cidadãos na produção de informações públicas e no controle social evidencia que a *accountability* democrática exige que os governados defendam continuamente seus direitos, participando da vida política e exercendo plenamente a cidadania²⁷. O que é coerente com a visão de *accountability* na concepção do novo serviço público^{28 29}, a qual depende de engajamento dos cidadãos em todas as etapas, inclusive na definição das regras e dos contratos, na previsão de sanções, no monitoramento de procedimentos, na avaliação dos resultados, na publicização e debate das informações e na aplicação de punições, quando for o caso. Ou seja, os cidadãos podem coproduzir bens e serviços públicos participando diretamente de sua produção e/ou adotando postura de vigilância em todas as etapas do processo³⁰.

É nesse sentido que nos voltamos aos observatórios sociais que produzem informações sobre temas ou setores considerados relevantes na esfera pública e ao monitoramento da administração pública, buscando contribuir para a qualidade de vida nas cidades.

Observatórios costumam coletar, registrar, acompanhar e interpretar dados, produzir indicadores estatísticos, criar metodologias para codificar, classificar e categorizar informações, monitorar e analisar tendências, estabelecer conexões entre pessoas que trabalham em áreas similares, promovendo políticas públicas mais integradas e proporcionando que o controle político pela população seja mais

25 SALM, J.F.; MENEGASSO, M.E. *Proposta de modelos para a coprodução do bem público a partir das tipologias de participação*. XXXIV Encontro Científico de Administração da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração - ANPAD. Rio de Janeiro: ANPAD, Anais, CD-ROM, 2010.

26 ROBERTS, N. *Public Deliberation in an age of direct citizen participation*. American Review of Public Administration, v. 34, n.4, p. 315-53, dec 2004.

27 SCHOMMER, P.C.; MORAES, R.L. *Observatórios sociais como promotores de controle social e accountability: reflexões a partir da experiência do Observatório Social de Itajaí*. Revista GESTÃO.Org. v. 8, n.3, (2010). Disponível em: <<http://www.ufpe.br/gestaoorg/index.php/gestao/article/view/244>>.

28 DENHARDT, R.B.; DENHARDT, J.V. *The new public service: serving rather than steering*. Public Administration Review. v. 60. n. 6, p. 549-59, Nov./Dec. 2000.

29 ROCHA, A.C. *Accountability na administração pública: modelos teóricos e abordagens*. Contabilidade, Gestão e Governança. Brasília, v. 14, n.2, p. 82-97, mai./ago. 2011. Disponível em : <http://www.cgg-amg.unb.br/index.php/contabil/article/view/314/pdf_162>.

30 SCHOMMER e MORAES op. cit.

qualificado³¹³². A ação dos observatórios, típica de controle social, pode estimular os demais mecanismos de *accountability* durante os mandatos – parlamentar, judicial, administrativo e de resultados – demandando informação, investigação, premiação e punição e influenciando o planejamento, a implantação e a avaliação de políticas públicas.

Em meio a esses potenciais, tais organizações podem apresentar fragilidades. Analisando observatórios sociais iberoamericanos da área de comunicação, Albornoz e Herschmann³³ identificaram, por exemplo, o fato de serem organismos jovens e com falta de experiência, a escassa vinculação entre observatórios, a ausência de coordenação com outros organismos, a diversidade de metodologias empregadas, a adoção de postura tecnocrata ou autoritária, o risco de constituir-se em instância de *lobby* de grupos políticos ou econômicos constituídos e, a falta de diálogo com a diversidade da cidadania local.

Embora busquem contribuir para avanços democráticos, os observatórios tendem a reproduzir, em certa medida, características da cultura política do contexto em que atuam, da sociedade da qual são parte integrante. O que pode revelar-se em traços de elitismo, corporativismo, formalismo, descontinuidade e falta de transparência, entre outros. Além de enfrentarem dificuldades culturais, estruturais e gerenciais, encontram resistências às demandas por transparência e controle social e tendem a sofrer pressões e ameaças advindas dos esquemas de corrupção e crime organizado que buscam combater.

Buscando identificar a presença desses e de outros limites, bem como os potenciais de contribuição de observatórios sociais para a *accountability* democrática, descrevemos a seguir características da Rede OSB de Controle Social.

1 A ATUAÇÃO DE OBSERVATÓRIOS DA REDE OBSERVATÓRIO SOCIAL DO BRASIL DE CONTROLE SOCIAL

Entre as iniciativas motivadas por escândalos de corrupção em governos locais e pelo desejo de contribuir para a qualidade da

31 ALBORNOZ, L.A.; HERSHMANN, M. Os observatórios ibero-americanos de informação, comunicação e cultura: balanço de uma breve trajetória. e-compós. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação*. Dezembro 2006. Disponível em: <www.compos.com.br/e-compos>. Acesso em: 11 Mai. 2010.

32 ESCWA. Economic and Social Commission for Western Asia. *Social Observatories Information Kit*. Technical Paper.1 20 August 2008. Disponível em: <http://www.escwa.un.org/information/publications/edit/upload/sdd-08-tech1-e.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2010. 12 p.

33 ALBORNOZ; HERSCHMANN op. cit.

administração pública, estão as integrantes da Rede Observatório Social do Brasil (OSB) de Controle Social, movimento iniciado por lideranças do meio empresarial e do funcionalismo público no estado do Paraná que, desde 2005, levou à criação de cerca de 50 observatórios sociais dedicados à cidadania e à educação fiscal em suas cidades³⁴. Essas organizações buscam monitorar a ação dos governos locais, sistematizar e disseminar informações relativas ao município, enfatizando a relevância do espírito de cidadania fiscal pró-ativa de cada cidadão em sua comunidade e a relação entre vigilância social e justiça social³⁵.

A Rede foi inspirada na experiência do Observatório Social de Maringá (OSM), considerada destaque na América Latina e Caribe pelo Prêmio de Inovação Social da CEPAL, em parceria com a Fundação Kellogg. Esta premiação destaca a capacidade do OSM em mobilizar voluntários e promover participação da comunidade, baseado no trabalho de conscientização realizado pela Sociedade Eticamente Responsável (S.E.R.) Maringá, organização a qual está ligado. Ressalta a metodologia acessível para controle de licitações e as propostas concretas de aplicação imediata para solução de situações disfuncionais, não se limitando a denúncias a instâncias distantes do cidadão comum, mas sim envolvendo voluntários, prevenindo vícios nos processos de licitação, estimulando transparência, promovendo comportamento ético entre servidores públicos e difundindo a importância dos impostos³⁶. O OSM conquistou, também, o primeiro lugar na categoria Tecnologia Social da etapa regional do Prêmio FINEP de Inovação 2008³⁷.

No estado de Santa Catarina, o primeiro observatório no âmbito dessa Rede foi criado em 2009, em Itajaí, motivado principalmente pelo desejo de monitorar o elevado volume de recursos aplicados no município depois que o mesmo foi atingido por uma enchente de grandes proporções, em 2008. A ação do Observatório Social de Itajaí (OSI) foi pesquisada por Schommer e Moraes³⁸, identificando-se características que confirmam potenciais de contribuição desse tipo de organização para a *accountability* democrática, ao mesmo tempo em que se observaram desafios e dilemas de natureza metodológica, política e operacional enfrentados pela organização, o que motivou a realização da segunda etapa da pesquisa.

34 OSB - OBSERVATÓRIO SOCIAL DO BRASIL. *Rede - Cidades* - Disponível em: < <http://www.observatoriosocialdobrasil.org.br/rede?1>>. Acesso em 07 Jul. 2010.

35 OSB - OBSERVATÓRIO SOCIAL DO BRASIL. *Institucional. Histórico*. Disponível em: <<http://www.observatoriosocialdobrasil.org.br/rede?1>>. Acesso em 14 Out. 2011.

36 MARULANDA e TANCREDI op. cit.

37 SISTEMA FIEP op. cit.

38 SCHOMMER e MORAES op. cit.

Nessa etapa, pesquisadores e equipe do OSI definiram conjuntamente o escopo e os objetivos da pesquisa, com base em questões que emergiram da primeira etapa. Elaborou-se um questionário, que recebeu sugestões de alteração por gestores da Rede OSB e foi preenchido por um dos observatórios, em caráter de teste. O questionário ajustado foi enviado aos 36 observatórios integrantes da Rede considerados ativos em setembro de 2010, por email que dava acesso a formulário eletrônico com apresentação da pesquisa e questões abertas e fechadas divididas em 8 blocos. A coordenação executiva da Rede OSB noticiou a pesquisa, incentivando os observatórios a participar.

Foram recebidos dados de 20 observatórios da Rede, sendo 12 do estado do Paraná, 02 de Santa Catarina, 02 de São Paulo, 02 do Rio de Janeiro, 01 do Mato Grosso e 01 de Rondônia. Dezoito questionários foram respondidos por ocupantes da presidência, coordenação ou secretaria executiva, um foi preenchido por estagiário e outro em parceria entre estagiária e coordenador. Alguns não responderam, alegando acúmulo de atividades e falta de tempo. Outros viviam certa desmobilização e não tinham condições de participar naquele momento. Os dados foram sistematizados e analisados no primeiro semestre de 2011, constituindo um relatório, remetido aos integrantes da Rede em julho de 2011. A seguir, são descritos e analisados parte desses dados.

a) Características da estrutura e da atuação de vinte observatórios da Rede OSB

A maior parte dos observatórios – 65% dos respondentes – foi criada nos últimos dois anos, conforme Tabela 1.

TABELA 1: TOTAL DE OBSERVATÓRIOS POR ANO DE FUNDAÇÃO		
	Número de observatórios	Percentual
2006	1	5%
2007	1	5%
2008	5	25%
2009	6	30%
2010	7	35%
Total	20	100%

Fonte: SCHOMMER et al, 2011, p. 09³⁹.

39 SCHOMMER, P.C.; MORAES, R.L.; NUNES, J.T.; CLAUDINO, J. *Pesquisa - Observatórios Sociais voltados à cidadania e à educação fiscal no Brasil: estrutura e atuação*. Relatório técnico. Florianópolis; Itajaí: UDESC/ESAG e OSI, 2011. 35 p.

A constatação de irregularidades no município foi apontada como motivação para a criação de 55% dos observatórios, seguida do incentivo de pessoas ligadas a entidades similares em municípios vizinhos e do incentivo do OSB, com 45% de menções cada (Tabela 2). Como “outras motivações”, foram citadas: a) importância do acompanhamento dos gastos públicos e educação fiscal; b) necessidade de fazer com que o dinheiro público tivesse aplicação correta, em benefício da população; c) vontade de acompanhar a gestão pública, para que a mesma seja a mais eficiente possível; d) desejo de conscientizar os administradores municipais sobre o gasto correto do dinheiro público; e) discussões, antes da criação do OSB, no âmbito das associações comerciais do Paraná; f) conhecimento sobre a ideia a partir de visita a ACIM; g) o presidente conheceu a metodologia do observatório e o sucesso do exemplo de outros municípios; h) conhecimento da criação e do trabalho desenvolvido pela AMARRIBO – Amigos Associados de Ribeirão Bonito – SP.

Nota-se a relevância da exemplaridade de organizações bem sucedidas em outras cidades na formação de novos observatórios.

TABELA 2: MOTIVAÇÕES PARA CRIAÇÃO DO OBSERVATÓRIO

	Nº de observatórios que citam esta motivação	Percentual
Irregularidades constatadas no município	11	55%
Incentivo do Observatório Social do Brasil	9	45%
Incentivo de pessoas ligadas a Observatórios em municípios vizinhos	9	45%
Outras motivações	7	35%
Total	36	

Múltiplas respostas possíveis; percentual pode ultrapassar 100%.

Fonte: SCHOMMER et. al, 2011, p. 10.

Os envolvidos na fundação dos observatórios pesquisados são listados na Tabela 3:

TABELA 3: ENTIDADES QUE PARTICIPARAM DA FUNDAÇÃO DO OBSERVATÓRIO	
Entidade/Organização que participou da fundação	Quantidade de citações
Associação Comercial, Industrial, Empresarial; Câmara Dirigentes Lojistas; Federação das Indústrias; Federação de Associações Comerciais	27
Rotary Club; Associação de senhoras rotarianos	20
Associações, Cooperativas e Sindicatos de trabalhadores/profissionais liberais: Associação Brasileira de Odontologia; Associação Médica; Associação de Engenheiros e Arquitetos; Sindicato dos Engenheiros e Arquitetos; Sindicato Contadores/Contabilistas; Associação dos Feirantes; Sindicato dos Trabalhadores do Comércio; Sindicato Rural; Associação Rural; Cooperativa de Aquicultores; Unimed	17
Sindicatos Patronais: indústrias, indústrias do vestuário, comércio, comércio varejista, madeira, indústrias da madeira e móveis, indústrias de reparação de veículos, vestuário; indústria de laticínios; transformação de madeira e derivados; associação intersindical patronal	17
OAB; CRC; CREA	15
Universidade / Faculdade	13
Lojas Maçônicas	12
Associações de moradores; Associações de bairro; Federação de associações de bairro; União de associações de moradores	11
Outras ONGs (Instituto Ilhabela Sustentável, Espaço Cultural, Associação Sementes do Futuro, Associação Escoteiros do Mar, Amailha, Pailha, Amparo; Associação Comunitária Regional da Mata; Associação de Radiodifusão; CERNA(Comunidade Terapêutica Nova Aliança), Sociedade Rolimourense de Educação e Cultura - Farol; IPEC; Fundação Educere; Associação de Homens de Negócio do Evangelho Pleno; Batalhão de Engenharia e combate BLD, Fundação de Cultura	11
Instituições públicas estatais federais: Receita Federal; Justiça Federal; Ministério Público Federal; Caixa Econômica Federal	8
Cooperativa de Crédito: SICOOB; SICREDI	7
Sistema S: SEBRAE; SESC; SESI; SENAI	7
Lions Clube	6
Conselhos: conselho comunitário; conselho municipal de saúde; conselho da mulher executiva; conselho regional de desenvolvimento e política agrícola; conselho municipal de desenvolvimento econômico	6
Empresas	6

Polícia Militar; Corpo de bombeiros; Delegacia da Mulher	4
Receita Estadual; Regional de Saúde; Núcleo Regional de Educação	4
Fóruns e Agências: Agência Regional de Desenvolvimento; Fórum de Desenvolvimento; Fórum de Direitos da Criança e Adolescente	3
Prefeitura: Secretaria de Educação	3
Igreja; Diocese; Paróquia	3
Clubes: Iate Clube; Rádio Clube; Clube de Serviços	3
Rádio	2

Fonte: SCHOMMER et. al, 2011, p. 10.

Destacam-se as associações e federações comerciais, industriais ou empresariais (27 citações), o Rotary Club / Associação de senhores rotarianos (20 citações), as associações, cooperativas ou sindicatos de trabalhadores/profissionais (17 citações) e os sindicatos patronais (17 citações). Nota-se predominância do setor empresarial como apoiador da criação desses observatórios, além de organizações associativas tradicionais em cada região, como o Rotary Club, e associações de classe, de moradores e órgãos públicos. Um dos efeitos disso é a reprodução de uma linguagem marcada pelo jargão empresarial, que se reflete na comunicação institucional, nas pautas e nos instrumentos de gestão propostos.

O estudo do caso do Observatório Social de Itajaí já apontava para seu baixo grau de articulação com setores da sociedade não representados pelas entidades instituidoras, ligadas a categorias corporativas e ao meio empresarial. O OSI reconhecia a necessidade de aproximar-se de sindicatos de trabalhadores, de conselhos de políticas públicas e de associações de moradores, dialogando com uma pluralidade de atores e ganhando legitimidade e força política⁴⁰. Em questões fechadas, nas quais os respondentes marcavam seu grau de concordância com as afirmativas, observa-se o reconhecimento geral dessa necessidade de articulação com a sociedade e com os diversos agentes de *accountability*, demonstrado pelo elevado grau de concordância com as afirmativas 4.1 e 4.2 da Tabela 4 e pela distribuição das respostas à afirmativa 4.3.

40 SCHOMMER e MORAES op. cit.

TABELA 4: ARTICULAÇÃO E COMUNICAÇÃO COM A SOCIEDADE					
	Discordo total- mente	Discor- do em parte	Não con- cordo, nem discordo	Concor- do em parte	Concor- do total- mente
4.1. Para que sua ação seja mais plena, os Observatórios precisam ampliar e intensificar seus canais de comunicação com a sociedade			5%	5%	90%
4.2. A atuação de um Observatório deve primar pela participação de várias pessoas e segmentos sociais					100%
4.3. Sindicatos de trabalhadores tendem a não se envolver em Observatórios Sociais voltados à cidadania e educação fiscal, pois suas linhas de ação são muito diferentes	15%	20%	25%	35%	5%

Fonte: adaptado de SCHOMMER et. al, 2011, 32.

Além de pessoas do meio empresarial, outro contingente presente nos observatórios é o de servidores de órgãos públicos, principalmente estaduais e federais. Alguns deles apóiam a criação ou vinculam-se a um observatório buscando espaço para exercício de cidadania fora do aparelho estatal, onde nem sempre conseguem aplicar plenamente seus conhecimentos na melhoria da qualidade da gestão e no combate à corrupção. Ou por perceberem que sem a pressão oriunda da sociedade, os órgãos institucionalizados de controle não conseguem exercer satisfatoriamente suas funções.

O número médio de pessoas que participa regularmente das atividades dos 20 observatórios pesquisados, entre voluntários e remunerados, é de 22 pessoas, divididos por categoria na Tabela 5, na qual se percebe que a maioria atua voluntariamente:

TABELA 5: MÉDIA DE PARTICIPANTES DAS ATIVIDADES DOS OBSERVATÓRIOS

	Número médio
Voluntários com participação eventual	13
Voluntários com atuação regular	7
Funcionários remunerados	1
Estagiários	1
TOTAL	22

Fonte: SCHOMMER et al, 2011, p. 13.

A média de recursos financeiros captados em 2009 e 2010 pode ser visto nas tabelas 6 e 7. Em 2009, 62% dos oito observatórios existentes arrecadou até R\$ 1 mil por mês e 25% arrecadou de R\$ 1,1 mil a 5 mil. Apenas um deles captou mais do que R\$ 10 mil mensais.

TABELA 6: RECURSOS ARRECADADOS EM 2009

Média mensal de recursos arrecadados (R\$)	Número de observatórios	Percentual
Até 1 mil	5	62%
De 1,1 mil a 5 mil	2	25%
De 5,1 a 10 mil	0	0%
Mais de 10 mil	1	13%
Total	8	100%

Fonte: SCHOMMER et. al, 2011, p. 19.

Em 2010, 55% dos 20 observatórios arrecadou de R\$ 1,1 mil a 5 mil. Somando-se as duas primeiras linhas, verifica-se que 90% dos observatórios declara receita média mensal de até R\$ 5 mil, enquanto dois observatórios captaram média mensal superior a R\$ 10 mil, dados da Tabela 7:

TABELA 7: RECURSOS ARRECADADOS EM 2010

Recursos captados por mês em 2010 (Em reais)	Número de observatórios	Percentual
Até 1 mil	7	35%
De 1,1 mil a 5 mil	11	55%
De 5,1 a 10 mil	0	0%
Mais de 10 mil	2	10%
Total	20	100%

Fonte: SCHOMMER et al, 2011, p. 19.

Os dados evidenciam a natureza eminentemente voluntária dos observatórios e o baixo volume de recursos financeiros movimentado, o que demonstra o potencial de engajamento cidadão e, por outro lado, pode dificultar a produção sistemática de dados para acompanhamento de processos e indicadores de gestão. Além do trabalho voluntário exercido diretamente, é marcante o recebimento de recursos doados na forma de espaço físico e serviços de contabilidade, por exemplo.

No que tange às linhas de ação dos observatórios, as Tabelas 8, 9 e 10 mostram as mais frequentes, em três segmentos: Monitoramento; Educação para a Cidadania Fiscal e; Melhorias da Qualidade da Gestão Pública.

O maior número de citações entre as ações de *Monitoramento* contempla o acompanhamento de licitações (19) e a participação presencial em sessões e/ou audiências públicas na Câmara Municipal (18). As demais alternativas mais citadas são também ligadas a licitações. As menos citadas foram o monitoramento da execução de contratos ou dos serviços (5 menções cada) e pedidos de informação ou encaminhamento de denúncias ao Tribunal de Contas ou à Controladoria Geral da União (4). Outras ações foram apontadas: conhecer atividades desenvolvidas por entidades que recebem subsídio da Prefeitura; monitorar a frota de veículos do Município (manutenção e abastecimento); encaminhamento de sugestões ao Prefeito.

TABELA 8 - AÇÕES DE MONITORAMENTO	Nr. de citações
Acompanhamento de licitações	19
Análise jurídica de editais	16
Acompanhamento presencial de certames	17
Intervenção nos processos de licitação	15
Pedidos de esclarecimento de situações	17
Sugestões de reformulação de editais	12
Monitoramento da execução de contratos	5
Acompanhamento da entrega de produtos nos almoxarifados	7
Pedidos de informação ou encaminhamento de denúncias ao Tribunal de Contas ou à Controladoria Geral da União	4
Acompanhamento da execução de serviços	5
Acompanhamento da execução de obras	6
Participação presencial em sessões e/ou audiências públicas na Câmara Municipal	18

Representações perante o Ministério Público	9
Participação em Conselhos de Políticas Públicas	8
Monitoramento de dados do Portal de Transparência do Município	6
Representações junto à Câmara de Vereadores	8
Encaminhamento de informações à Câmara de Vereadores	13
Acompanhamento de denúncias	9

Fonte: SCHOMMER et. al, 2011, p. 24.

No acompanhamento de licitações, certos tipos de fraude são mais comuns: caracterização de combinação prévia entre os concorrentes pela alternância de vencedores (10 menções); contratações mediante Dispensa de Licitação em situações de emergência fabricada, ocasionadas pela má administração da coisa pública (9 menções) e; na modalidade Pregão Presencial do tipo Menor Preço por Item, conversas entre os participantes negociando quais itens cada um vencerá, deixando de competir pelo preço mais baixo (9 menções).

As ações de *Educação para a Cidadania Fiscal* são apresentadas na Tabela 9, sendo mais frequentes palestras e eventos. Além das que constam na Tabela, foram citadas as seguintes ações:

- Parceria em projetos de Educação Fiscal com a Receita Federal do Brasil, Secretaria Estadual da Fazenda e Secretaria Municipal da Fazenda;
- Parceria com a CGU “Programa Olho Vivo no Dinheiro Público”;
- Concurso de curtas;
- Montagem de peça teatral *No Reino da Impostolândia*;
- Aulas de Educação Fiscal;
- Instalação de painéis valorizando a atuação do Poder Judiciário, que atuou firmemente contra a corrupção eleitoral;
- Realização de carreata “Esta é a Hora” – proposta pela Rede AMARRIBO, conclamando mobilização da comunidade no combate à corrupção;

- Recebimento da Caravana “Todos contra a Corrupção”, do projeto Adote um Município, do Instituto de Fiscalização e Controle de Brasília, que reuniu com Associados, com a Polícia Civil e Polícia Militar, com o Ministério Público, com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com os Conselheiros dos diferentes Conselhos Municipais e realizou Audiência Pública que contou com 151 pessoas;
- Grupo de Educação Fiscal do Litoral Norte de São Paulo.

TABELA 9 – AÇÕES DE EDUCAÇÃO PARA CIDADANIA FISCAL
Palestras
Eventos
Capacitação de servidores municipais
Capacitação e assistência a empresas para participar em licitações
Concursos de redação, desenhos, monografias etc.
Cursos de capacitação
Gincanas em parceria com escolas ou entidades

Fonte: SCHOMMER et. al, 2011, p. 26.

Na Tabela 10 estão as ações voltadas para a *Melhoria da qualidade da gestão pública*.

TABELA 10: AÇÕES DE MELHORIA DA QUALIDADE DA GESTÃO PÚBLICA

	Número de citações
Apresentação de propostas de melhoria aos órgãos de governo, com base em dados coletados	11
Participação na definição de políticas públicas	6
Encaminhamento de projetos de lei	4
Sistematização e divulgação de informações para os envolvidos com as políticas públicas no município	3

Fonte: SCHOMMER et. al, 2011, p. 26.

Na opinião de gestores dos observatórios, há necessidade de voltar-se mais para o monitoramento de indicadores de qualidade da gestão pública, porém as organizações ainda carecem de estrutura para dar conta das várias possibilidades de atuação, priorizando, atualmente, o controle de licitações. O que poderia ser relacionado ao que Behn⁴¹ observa como fases da *accountability* na administração pública – primeiramente voltada ao combate à corrupção e à rejeição da captura do público por interesses privados, que originalmente motivou a defesa da separação entre administração e política, e a segunda voltada ao desempenho, ligada à abordagem gerencialista da administração pública, ponto ao qual retornaremos adiante.

a) Controle social em interação com mecanismos de controle institucional

Uma característica essencial da atuação dos observatórios é sua articulação no âmbito da rede de controle social da qual são parte constituinte e com outras organizações da sociedade e órgãos governamentais dedicados ao controle na administração pública. A Tabela 11 mostra tipos de relações mantidas entre os observatórios e outras organizações e, na última coluna, órgãos com os quais não mantêm relações diretas.

TABELA 11 – ARTICULAÇÃO COM ÓRGÃOS E PODERES PÚBLICOS E TIPO DE PARCERIA/ARTICULAÇÃO						
	Relações de Cooperação técnica e/ou gerencial	Relações de Cooperação Financeira	Compartilhamento de Informações	Encontros de prestação de contas	Relações de Monitoramento	Não mantêm relações diretas com esse órgão ou instituição
Prefeitura	6	1	9	7	10	5
Câmara de Vereadores	3		7	6	6	5
Receita Federal do Brasil	5	3	1			13
Controladoria Geral da União – CGU	10		5			8
Justiça Federal	4	2	3	3		14
Escola Superior de Administração Fazendária – ESAF	3		1			13
Associações Empresariais Locais	9	13	12			5
Sindicatos Patronais	4	5	5			10

41 BEHN, R.D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da accountability democrática. *Revista do Serviço Público*, v. 49, n.4, p. 5-45, out./dez.1998.

Sindicatos de Trabalhadores	3	1	2			15
Mídia/Imprensa	8		16			2
Empresas	7	9	9			5
Outros Observatórios Sociais	16		18			
Outras entidades ou instituições	10	10	6	6	1	

Fonte: SCHOMMER et. al, 2011, p. 29.

Ao serem perguntados sobre o grau de concordância em relação à afirmação de que “A ação dos Observatórios pode acionar o controle institucional de órgãos de controle administrativo, parlamentar e judicial”, dos 20 respondentes, 15% concordam em parte e 85% concordam totalmente. Os observatórios reconhecem a importância da ação articulada, entendendo que é algo em que podem avançar. Em relação à afirmativa “A ação integrada com órgãos como a CGU, o Ministério Público e o Legislativo vem ocorrendo, mas precisa ser aprimorada e ampliada”, 11% concordam em parte e 89% concordam totalmente.

No que se refere à sanção, elemento essencial da *accountability* democrática, entidades como os observatórios sociais, como instâncias de controle social, são capazes de promovê-la indiretamente⁴². Para que ocorra sanção direta – seja administrativa, civil ou criminal – sobre governantes e burocratas, é fundamental que as iniciativas de controle social sejam articuladas com órgãos institucionalizados de controle e investigação e/ou com prerrogativa de aplicar sanções diretas, como Câmaras de Vereadores, Tribunais de Contas, Ministério Público, Judiciário e certos órgãos do executivo, como Polícia e Corregedorias.

Apesar de não aplicarem sanção direta, os mecanismos de controle social cumprem função essencial na ativação dos sistemas de *accountability*. As atividades de monitoramento e produção de informações técnicas, educação para a cidadania e pressão política sobre órgãos de controle institucional potencialmente levam à responsabilização contínua dos governantes perante os governados. Não apenas em casos de mau uso do dinheiro público. Também quando não se atende a promessas eleitorais e a metas pactuadas com a população, ou quando não são atingidos os resultados esperados, o que pode levar à sanção política e à redefinição de cursos de ação. Entre os observatórios da Rede, há inúmeros exemplos de como a articulação entre os diversos mecanismos de *accountability* levou à responsabilização de governantes e a avanços na qualidade da

⁴² CENEVIVA op. cit.

administração pública nos municípios, exemplos esses que não serão detalhados neste trabalho.

Na comunicação dos observatórios da Rede OSB, percebe-se esforço em demonstrar esses resultados em termos de responsabilização ou de melhorias na qualidade da gestão, particularmente o quanto cada município economizou em certo período em função da ação do observatório, sobretudo no controle de licitações. A demonstração de que o engajamento das pessoas pode gerar efeitos concretos contribui para gerar nos cidadãos o sentimento de corresponsabilidade pela qualidade da administração pública, coerente com a visão de *accountability* como bem público coproduzido pela participação direta e pela postura de vigilância dos cidadãos em todo o processo.

a) O sentido das noções de política e de cidadania na ação dos observatórios e sua relação com coprodução do bem público

Na comunicação dos observatórios, é nítida a ênfase ao termo *cidadania*, enquanto a noção de *política* costuma ser rejeitada. Algo percebido por Cortella e Janine Ribeiro⁴³ nas escolas brasileiras, nas quais se admite conversar sobre cidadania e se evita a palavra política: “Como se política e cidadania fossem coisas diferentes. A diferença é apenas o idioma de origem – latim ou grego. Dá a impressão de que, na escola, falar em cidadania é nobre, ao passo que falar em política é sujeira”⁴⁴. Estes autores observam que política parece ser o mundo da heteronomia, um mundo feio, no qual “eles” (os políticos) mandam, como se fossem independentes dos demais. Para Cortella e Janine Ribeiro⁴⁵, as pessoas parecem não estar convencidas de que não há anulação do indivíduo no público. Pelo contrário, argumentam que é na política que o indivíduo se destaca. É pela política que o ser humano se diferencia, se distingue da massa, pratica a *ação*, no sentido que aponta Arendt⁴⁶.

Na pesquisa, procurou-se explorar elementos da visão sobre política nos observatórios, em parte expressos na Tabela 12.

43 CORTELLA, M.S.; JANINE RIBEIRO, R. *Política*: para não ser idiota. 5 ed. Campinas, SP: Papirus 7 Mares, 2010.

44 Ibid., p. 60

45 Ibid.

46 ARENDT, H. *A condição humana*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

TABELA 12 - OPINIÃO SOBRE A ATUAÇÃO DOS OBSERVATÓRIOS					
Grau de concordância com cada frase					
	Discordo totalmente	Discordo em parte	Não concordo, nem discordo	Concordo em parte	Concordo totalmente
12.1.O Observatório Social é um órgão de caráter técnico e político ao mesmo tempo	40%		5%	40%	15%
12.2.Embora possa exercer influência política, o Observatório é de natureza eminentemente técnica		20%		35%	45%
12.3.O envolvimento de pessoas filiadas a partidos políticos nos Observatórios pode comprometer sua legitimidade					100%
12.4.A ausência de pessoas filiadas a partidos políticos nos Observatórios pode reforçar a imagem negativa que muitos tem da política partidária	55%		5%	35%	5%

Fonte: adaptado de SCHOMMER et. al, 2011, p. 31.

Na primeira afirmação, em que se aponta a dupla natureza dos observatórios – técnica e política, há certa divisão de posições – 40% discorda totalmente, enquanto 55% concorda em parte ou concorda totalmente. Já quando à afirmativa 12.2, 80% concorda em parte ou totalmente que embora possa exercer influência política, o Observatório é de natureza eminentemente técnica. A afirmativa 12.3 obteve a adesão mais contundente – 100% dos que responderam ao questionário concordam plenamente que o envolvimento de pessoas filiadas a partidos políticos nos Observatórios pode comprometer sua legitimidade. E 55% discorda totalmente que a ausência de pessoas filiadas a partidos políticos nos Observatórios pode reforçar a imagem negativa que muitos tem da política partidária, enquanto 40% concordam em parte ou totalmente com essa afirmação.

A não aceitação de pessoas filiadas a partidos políticos em seus quadros de associados é uma recomendação explícita da Rede OSB. Suas lideranças argumentam que, embora a política partidária seja importante, é preferível, no contexto atual, que os observatórios não tenham qualquer vinculação formal com partidos, em função de seu baixo grau de legitimidade e pela associação com disputas por cargos e recursos e casos de corrupção⁴⁷. Se, por um lado, entende-se que a ação da organização deve fundamentar-se na atuação técnica e ser independente dos interesses de um ou outro partido, a rejeição ao envolvimento de seus membros em política partidária pode reforçar a cisão entre técnica e política e contribuir para a não renovação dos quadros partidários nos municípios, mantendo em trincheiras opostas aqueles supostamente interessados em “cidadania e controle dos gastos” e aqueles interessados em política e na disputa por cargos eletivos.

Em paralelo, o reforço ao seu caráter técnico revela a crença implícita que a técnica é neutra. Em contrário, pode-se argumentar que, inclusive no que tange à transparência, estão envolvidas relações de poder ao se escolher o que divulgar, quando, como, por quem e para quem.

A posição dos observatórios pode reforçar a dicotomia entre política e administração que caracteriza um estágio primário de promoção de *accountability*, mais próxima do combate à corrupção do que do bom desempenho governamental e atendimento a expectativas dos cidadãos⁴⁸. Mais próximo do ideal de organizações burocráticas baseadas na racionalidade instrumental e apartadas da política. Ainda distantes das prescrições da administração pública de caráter gerencial, identificadas com a corrente do *new public management*, que prioriza desempenho, ou do reconhecimento da indissociabilidade entre técnica e política quando se trata de administração pública, marca da vertente do *new public service*^{49 50 51 52}.

Conforme demonstram Abrucio e Loureiro⁵³, avanços observados no Brasil nos últimos anos, tanto no campo social, como político e econômico, tornam evidente a interdependência entre cultura política e instituições, contrariando visões dicotômicas entre democracia e

47 SCHOMMER e MORAES op. cit.

48 BEHN op. cit.

49 Ibid.

50 DENHARDT e DENHARDT op. cit.

51 HEIDEMANN op. cit.

52 ROCHA, 2011 op. cit.

53 ABRUCIO; LOUREIRO op. cit.

eficiência econômica ou que antagonizam decisões de caráter técnico e de caráter político. A noção de coprodução do bem público, por sua vez, permite a criação de um elo entre a participação cidadã e a produção de bens e serviços públicos, contribuindo para superar a dicotomia entre o tecnicismo da burocracia e o espaço da política na administração pública⁵⁴. A coprodução exige canais de expressão de diferentes interesses e perspectivas, intermediados pelo diálogo e pela construção de consensos e objetivos comuns, em processos permeados por conflitos, relações de poder e articulações negociadas entre os diferentes sujeitos em cena, os quais investem no processo seus conhecimentos, recursos e capacidades.

Nesse sentido, pode-se argumentar que o conhecimento produzido por observatórios sociais – indicadores, dados, informações e análises, de modo fundamentado, sistemático e continuado, potencialmente subsidia a mobilização política, que passa a ser mais bem informada, o que contribui para melhorias nos procedimentos e nos resultados, facilitando a responsabilização dos agentes públicos e o avanço na qualidade da gestão pública^{55 56}. Em complemento, a atuação política plural, articulada e vigilante, com boa capacidade de pressão e de mobilização, permite que se conquiste legitimidade e recursos para sustentar a ação dos observatórios e os efeitos desejados em termos de educação, cidadania e qualidade da gestão pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados levantados junto a vinte observatórios que integram a Rede Observatório Social do Brasil de Controle Social oferecem várias possibilidades de análise, nem todas elas exploradas neste artigo. A atuação de organizações como os observatórios sociais nos parece um campo de pesquisa promissor para explorar temas relativos a democracia, administração pública, relações Estado-sociedade e, mais especificamente, *accountability* e controle social.

Os dados apresentados evidenciam que os observatórios analisados são recentes – 65% deles criadas em 2009 e 2010, muitos deles inspiradas em exemplos bem sucedidos de organizações similares no Brasil, como a AMARRIBO e o Observatório Social de Maringá. São de natureza voluntária, motivadas pelo desejo de pessoas ligadas

54 SALM e MENEGASSO op. cit.

55 ABRUCIO e LOUREIRO op. cit.

56 CENEVIVA, R.; FARAH, M.F.S. *Democracia, avaliação e accountability: a avaliação de políticas públicas como instrumento de controle democrático*. Anais do EnAPG 2006. Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD. São Paulo, ANPAD, 2006.

a setores tradicionais da sociedade (sobretudo, ao meio empresarial e ao funcionalismo público) em atuar no combate à corrupção e na melhoria da qualidade da gestão pública em seus municípios. Em média, movimentam poucos recursos e enfrentam dificuldades típicas da etapa inicial de estruturação de organizações da sociedade civil. Atualmente, a maior parte de suas atividades está relacionada ao monitoramento de licitações. Como segunda linha prioritária está a de educação e cidadania fiscal, com tendência de voltar-se para o monitoramento da qualidade da gestão pública, em termos mais amplos, recorrendo a indicadores e outros instrumentos de gestão.

Os membros de observatórios que participaram da pesquisa, ao opinarem abertamente sobre a atuação de observatórios sociais no Brasil, em síntese apontaram a importância dessas organizações para a sociedade e a relevância da participação cidadã. Acreditam que a ação dos observatórios tende a gerar impactos sobre a cidadania, a consolidação da democracia participativa, a redução da corrupção e a melhoria da qualidade de vida, por meio da interferência em políticas públicas, da redução de impostos e da ampliação da concorrência em licitações, entre outras linhas de ação. Reconhecem os respondentes que há um “árduo caminho a ser percorrido”, que sua estrutura atual não é suficiente para a amplitude de seus objetivos e que é importante que os observatórios sejam bem geridos e reconhecidos pela sociedade.

A pesquisa demonstrou, ainda, que a Rede OSB de Controle Social enfrenta dilemas relativos ao desejo de crescer, incentivando a criação de novas organizações pelo país, ao mesmo tempo em que se preocupa com a legitimidade e a garantia de padrões mínimos de estrutura e atuação em cada local. Além de enfrentar dificuldades na própria gestão da Rede.

Outro dilema é derivado da visão a respeito de política e sua relação com administração. O foco atual dos observatórios, de modo geral, está no combate à corrupção e ao mau uso do dinheiro público, típica de uma concepção primária da noção de *accountability*. Integrantes da Rede percebem que este é um passo importante e necessário, mas que sua ação pode ir além, reforçando o trabalho de base na educação para a cidadania e investindo na produção compartilhada entre sociedade e governos de instrumentos de controle da qualidade da gestão pública. O que tende a fazer a Rede rever sua posição atual em relação à noção de política, inclusive partidária.

A capacidade de influência de cada observatório e da Rede OSB como promotores de *accountability* está em fase inicial e tende a prosseguir em permanente construção, dependendo da articulação entre mecanismos típicos de controle social com mecanismos de controle

institucional, de sua habilidade e legitimidade para mobilizar diferentes segmentos sociais e interesses em cada local e da maneira como lidarem com os dilemas que se apresentam.

Embora enfrentem limites e dilemas, os observatórios sociais estudados podem ser vistos como parte de um movimento de renovação e diversificação de formas de controle social, no âmbito do processo de amadurecimento da democracia brasileira e da incorporação da noção de *accountability* no arcabouço institucional e na cultura política nacional. Algo que já havia sido concluído por Schommer e Moraes⁵⁷, ao analisarem a experiência do observatório em Itajaí. As experiências em curso demandam novas pesquisas que investiguem suas práticas e verifiquem a realização ou não de seus potenciais.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F.L.; LOUREIRO, M.R. Finanças públicas, democracia e *accountability*. In: BIDERMAN, C.; ARVATE, P.R. (org.). *Economia do Setor Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

ALBORNOZ, L.A.; HERSHMANN, M. Os observatórios ibero-americanos de informação, comunicação e cultura: balanço de uma breve trajetória. e-compós. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação*. Dez. 2006. Disponível em: <<http://www.compos.com.br/e-compos>>. Acesso em: 11 maio. 2010.

ARENDT, H. *A condição humana*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BEHN, R.D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. *Revista do Serviço Público*, v. 49, n.4, p. 5-45, out./dez.1998.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Título III, *Da Organização do Estado*. Capítulo VII, Da Administração Pública, Seção I, Disposições Gerais. Artigo 37. 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_04.02.2010/art_37_.shtm>. Acesso em 13 jul. 2010.

BRASIL. *Lei Complementar nº131/2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp131.htm>. Acesso em 16 set. 2011.

⁵⁷ SCHOMMER e MORAES op. cit.

CAMPOS, A.M. *Accountability*: Quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista da Administração Pública*. vol. 24, n. 2, p. 30-50, fev./abr. 1990.

CENEVIVA, R. *Accountability*: novos fatos e novos argumentos – uma revisão da literatura recente. *Anais do EnAPG 2006*. Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD. São Paulo: ANPAD, 2006.

CENEVIVA, R.; FARAH, M.F.S. Democracia, avaliação e *accountability*: a avaliação de políticas públicas como instrumento de controle democrático. *Anais do EnAPG 2006*. Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD. São Paulo: ANPAD, 2006.

CORTELLA, M.S.; JANINE RIBEIRO, R. *Política*: para não ser idiota. 5. ed. Campinas, SP: Papyrus 7 Mares, 2010.

DENHARDT, R.B.; DENHARDT, J.V. The new public service: serving rather than steering. *Public Administration Review*. v. 60. n. 6, p. 549-59, nov./dec. 2000.

ESCWA. ECONOMIC AND SOCIAL COMMISSION FOR WESTERN ASIA. *Social Observatories Information Kit*. Technical Paper.1 20 August 2008. Disponível em: <<http://www.escwa.un.org/information/publications/edit/upload/sdd-08-tech1-e.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

FARAH M.F.S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, p. 119-44, jan./fev. 2001.

HEIDEMANN, F.G. Ética de responsabilidade: sensibilidade e correspondência a promessas e expectativas contratadas. In: HEIDEMANN, F.G.; SALM, J.F. (orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento*: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: UnB, 2009.

KOPPELL, J.G.S. Pathologies of accountability: ICANN and the Challenge of “Multiple Accountabilities Disorder”. *Public Administration Review*, v. 65, n.1, p. 94-108, jan./fev. 2005.

KLUVERS, R.; TIPPETT, J. Mechanisms of accountability in local government: an exploratory study. *International Journal of Business and Management*, v.5, n.7, p. 46-53, Jul., 2010.

MARULANDA, N.R.; TANCREDI, F.B. *De la innovación social a la política pública: historias de éxito em América Latina y el Caribe*. Santiago del Chile: Naciones Unidas – CEPAL, 2010. (Colección Documentos de proyectos).

NOSSA SÃO PAULO. *Quem somos*. Disponível em: <<http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/quem>>. Acesso em 14>. out. 2011.

NUNES, E. *A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar/ENA, 2003.

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. *Revista Lua Nova*, v. 44, p. 27-54. 1998.

OSB - OBSERVATÓRIO SOCIAL DO BRASIL. *Rede – Cidades* – Disponível em: <<http://www.observatoriosocialdobrasil.org.br/rede?1>> Acesso em 07 Jul. 2010.

_____. *Institucional. Histórico*. Disponível em: <<http://www.observatoriosocialdobrasil.org.br/rede?1>>. Acesso em: 14 out. 2011.

PINHO, J.A.G.; SACRAMENTO, A.R.S. *Accountability*: já podemos traduzi-la para o português? *Revista da Administração Pública*, v. 43, n.6, p. 1343-68, nov./dez. 2009.

ROBERTS, N. Public Deliberation in an age of direct citizen participation. *American Review of Public Administration*, v. 34, n.4, p. 315-53, dec 2004.

ROCHA, A. C. *O processo orçamentário brasileiro como instrumento de accountability*. Anais do EnAPG 2008. Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD. Salvador: ANPAD, 2008.

ROCHA, A.C. *Accountability* na administração pública: modelos teóricos e abordagens. *Contabilidade, Gestão e Governança*. Brasília, v. 14, n.2, p. 82-97, mai./ago. 2011. Disponível em: <http://www.cgg-amg.unb.br/index.php/contabil/article/view/314/pdf_162>.

SALM, J.F. e MENEGASSO, M.E. *Proposta de modelos para a coprodução do bem público a partir das tipologias de participação*. XXXIV Encontro Científico de Administração da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração - ANPAD. Rio de Janeiro: ANPAD, Anais, CD-ROM, 2010.

SCHOMMER, P.C. ; MORAES, R.L. Observatórios sociais como promotores de controle social e accountability: reflexões a partir da experiência do Observatório Social de Itajaí. *Revista GESTÃO.Org*. v. 8, n.3, (2010). Disponível em: <<http://www.ufpe.br/gestaoorg/index.php/gestao/article/view/244>>.

SCHOMMER, P.C.; MORAES, R.L.; NUNES, J.T.; CLAUDINO, J. Pesquisa - Observatórios Sociais voltados à cidadania e à educação fiscal no Brasil: estrutura e atuação. *Relatório técnico*. Florianópolis; Itajaí: UDESC/ESAG e OSI, 2011. 35 pg.

SISTEMA FIEP – Federação das Indústrias do Estado do Paraná. Notícias. *CITS e Observatório Social de Maringá vencem etapa regional do Prêmio Finep*. Disponível em: <<http://www.fiepr.org.br/News442content58474.shtml>>. Publicado em 09.10.2008. Acesso em 14 Out. 2011.

TREVISAN, A.M.; CHIZZOTTI, A.; IANHEZ, J.A.; CHIZZOTTI, J. VERILLO, J. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. Cotia: Ateliê, 2003.

DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE NAS ADMINISTRAÇÕES MUNICIPAIS: A AGENDA 21 NO INTERIOR DO RIO GRANDE DO SUL

*DEMOCRACY AND SUSTAINABILITY IN MUNICIPAL ADMINISTRATIONS:
AGENDA 21 IN RIO GRANDE DO SUL.*

Sandro Ari Andrade de Miranda

*Advogado, Assessor da Subsecretaria de Assuntos Administrativos do Ministério do
Desenvolvimento Social e Combate a Fome. Mestre em Ciências Sociais*

Luciana Leal de Matos de Miranda

*Advogada, estudante do curso de Especialização em
Direito e Jurisdição da ESMA/DF*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Agenda 21 Local;
2 Agenda 21 no Interior do Rio Grande do Sul; 3
Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Nos últimos trinta anos os governos locais apresentaram novas iniciativas de participação da sociedade civil nas deliberações públicas, como o Orçamento Participativo, os planos diretores participativos instituídos pela Lei nº 10.257/2001 (Estatuto das Cidades), e a Agenda 21 Local. A Agenda 21 Local, derivada dos acordos firmados na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992, é o objeto de análise deste estudo, por ser o mecanismo de participação com a maior utilização internacional e por possuir interligação com um debate que vem ganhando uma importância cada vez maior na agenda política internacional: a sustentabilidade ambiental. Para tanto, a construção da Agenda 21 em cidades do interior do Rio Grande do Sul – Pelotas, São José do Norte e São Lourenço do Sul – foi analisada. Estas cidades ainda preservam características geoeconômicas periféricas, apesar dos reflexos da recente evolução na economia da cidade vizinha de Rio Grande.

Neste contexto, o artigo aborda o peso que elementos como a cultura política e cívica das comunidades, a atuação das administrações locais, e o histórico de organização da população e das instituições da sociedade civil, possuem sobre o resultado dos processos.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Local. Agenda 21 Local. Cultura Política. Participação Popular. Sustentabilidade.

ABSTRACT: During the last 30 years local governments had new initiatives for the participation of civil society in public deliberations, such as the Participatory Budget, the Participatory Director Plans imposed by Law 10.257/2001 (The City Statute), and the Local Agenda 21. The Local Agenda 21, derived from de agreements signed at the United Nations Conference on Environment and Development, held in the Rio de Janeiro, in 1992, is the object of analysis of this study, because it is the participation mechanism with de highest international use and has connection with a debate that has been gaining ever more importance on the international political agenda: the environmental sustainability.

For both, the implementation of Agenda 21 in cities in the interior of the state of Rio Grande do Sul – Pelotas, São José do Norte and São Lourenço do Sul - was analyzed. These cities still preserve geo-economic peripheral characteristics, in spite of reflexes of the recent developments in the economy of the neighboring town Rio Grande.

In this context, the article discusses the importance that elements such as the politic and civic culture of the communities, the performance of the local administrations and the history of the organization of the

population and of the institutions of the civil society have on the result of these processes.

KEYWORDS: Local Administration. Local Agenda 21. Politic Culture. Popular Participation. Sustainability.

INTRODUÇÃO

Os temas do controle social e da participação popular têm ganhado destaque nos últimos anos, especialmente nas últimas três décadas, tanto no universo político como no debate acadêmico. Experiências como Orçamentos Participativos, Agendas 21 Locais e Planos Diretores Participativos, mencionando apenas experiências brasileiras, possuem reconhecimento em maior ou menor grau por organizações nacionais e internacionais.

Destas experiências, a que teve maior repercussão política, pelo caráter inovador e transformador, foi o orçamento participativo. Inicialmente, foi implementado pela Prefeitura de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, no final da década de oitenta do século passado, durante a gestão de Olívio Dutra, do Partido dos Trabalhadores, espalhando-se, posteriormente, com desenhos diversos, para outros “rincões”¹, como Belo Horizonte, no Brasil, e Montevidéu, no Uruguai.

O foco principal desse instrumento foi a descentralização de recursos públicos em diversas regiões da cidade, permitindo que todos os cidadãos pudessem deliberar quanto à aplicação do orçamento. Já os Planos Diretores Participativos foram impulsionados pela aprovação da Lei nº 10.257/2001 e centraram-se na discussão sobre a ocupação do espaço territorial dos municípios, determinando o regramento de desenvolvimento local, com vistas à construção de cidades sustentáveis.

Ambos são instrumentos de grande importância para a gestão das cidades e por si só merecem um estudo mais aprofundado. Já a Agenda 21 Local, por seu turno, assim como os Planos Diretores, tem como foco a busca pela sustentabilidade, entretanto, possuem uma estratégia de construção e implementação menos formalizada, não propriamente dependente de Lei, mas da organização coletiva dos diversos setores da sociedade, o que não proíbe a iniciativa governamental na sua construção.

A Agenda 21 é um acordo internacional firmado por 179 países e que tem como marco inicial de elaboração a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, realizada no Rio de Janeiro em 1992. Participaram do processo de elaboração do

1 Expressão muito utilizada no Rio Grande do Sul para identificar local, território.

documento final diplomatas e especialistas nomeados por governos e organizações não governamentais, técnicos da Organização das Nações Unidas – ONU, sob a orientação do Secretário Geral Maurice Strong, que tiveram como função primordial a organização do conjunto de propostas colhidas durante a realização da citada Conferência.

Do ponto de vista estratégico, o objetivo da Agenda 21 é a formação de um compromisso ético-político coletivo entre os diversos setores da sociedade, no qual esta sociedade busca, através de consensos estratégicos, um modelo de desenvolvimento alternativo que cumpra os imperativos da sustentabilidade. Do lado instrumental, o documento propõe o enfrentamento dos atuais “*problemas globais*” não apenas por meio da mera formalização normativa de protocolos e convenções, mas também pela execução de “*ações concretas*”.

Por este motivo, Leonardo Freire Melo² afirma que:

[...] a Agenda 21 é, em essência, outro processo de inclusão da participação pública nos processos de tomada de decisão relacionados com os padrões de qualidade de vida em âmbito local, regional, nacional e, até mesmo, global.

Essa característica faz com que a Agenda 21 se aproxime e muitas vezes seja trabalhada de forma integrada com outros mecanismos de participação da sociedade, como o Orçamento Participativo e os Planos Diretores anteriormente citados.

No relatório da Agenda 21 Global, fonte de todos os processos locais, são apontadas ações para praticamente todos os assuntos relacionados com a temática do desenvolvimento sustentável, dentre os quais podem ser destacados: as questões demográficas; a crescente urbanização e seu impacto em setores como habitação, saneamento e poluição atmosférica e hídrica; o uso do solo e agricultura; a produção, consumo e distribuição de energia; a organização dos sistemas de transportes, especialmente coletivos; a produção e transferência de tecnologias; a disposição dos resíduos; a preservação dos oceanos; a mudança dos padrões de produção e consumo; a inclusão de grupos sociais excluídos ou discriminados; o combate e erradicação da pobreza; dentre outros.

Apesar do forte apelo político e do grande número de signatários, tal documento ainda não atingiu os seus objetivos, enfrentando fortes entraves em questões como o financiamento das ações propostas,

2 MELO, Leonardo Freire de. *Orçamento Participativo e Agenda 21 Local: uma proposta ambiental estratégica para Campinas*, SP. Campinas, UNICAMP, 2003, 167 p.. (Dissertação de Mestrado em Engenharia Civil), p. 60.

notadamente pelo descumprimento de compromissos com este tema pelos chamados países ricos.

Conforme destaca o já citado Leonardo Freire Melo, nos encontros posteriores preparados pelas Nações Unidas para debater a implementação e a revisão da Agenda 21 as dificuldades para atingir as diretrizes contidas do documento já começaram a se manifestar, como a

[...] falta de recursos financeiros, o aumento das dívidas externas dos países em desenvolvimento e a falha em algumas áreas como transferência de tecnologia e redução dos níveis excessivos de produção e consumo dos países industrializados³.

Os resultados negativos obtidos em eventos como o de Johannesburgo (2002) e Copenhague (2009), além das dificuldades para colocar em prática as medidas de redução das emissões atmosféricas preconizadas pelo Protocolo de Kyoto frente ao avanço do aquecimento global, demonstram que ainda existe um longo caminho a ser percorrido.

1 A AGENDA 21 LOCAL

A construção de processos locais está prevista no capítulo XXVIII da Agenda 21 Global, onde constam as deliberações da Conferência realizada em 1992 no Rio de Janeiro. Apesar das dificuldades para implementá-la em diversos países, a Agenda 21 vem adquirindo uma relativa legitimidade ao longo dos anos na esfera local. De acordo com pesquisa realizada pelo Internacional Council for Local Institute – ICLEI (2002), na véspera da Conferência “*Rio+10*”, que ocorreu em Johannesburgo, na África do Sul, em 2002, existiam em todo mundo mais de 6.400 processos de Agenda 21 Local em andamento.

Já no Brasil há uma diversidade de indicadores que incluem desde o cadastro do Ministério do Meio Ambiente, do próprio ICLEI e de instituições da sociedade civil, até estudo significativo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, na *Pesquisa de Informações Básicas Municipais*, o qual apontou, também no ano de 2002, para a existência de processos locais de Agenda 21 em 1.652 municípios brasileiros.

A disparidade entre os indicadores pode ser justificada pelo nível de restrição que os diferentes órgãos estabelecem para o mapeamento dos dados. O Ministério do Meio Ambiente, por exemplo, reconhece como processos de Agenda 21 Local aqueles que apresentam um

3 MELO, op. cit., p. 74.

número mínimo de etapas, compatível com a metodologia divulgada numa publicação oficial intitulada *passo à passo*, o que determinou o não reconhecimento, por este órgão, de alguns processos implementados por instituições que seguiram metodologia diversa, como é o caso do Projeto “*De Olho no Meio Ambiente*” patrocinado pela PETROBRAS.

Um aspecto importante da pesquisa realizada pelo ICLEI é a diferença entre o número de Agendas 21 Locais desenvolvidas nos países pobres e nos países ricos. Dos 6.416 processos constatados na pesquisa da ONG canadense em 2002, 5.400 estão em 28 países com mais de US\$ 9.266,00 de renda per capita anual. Entre os 57 países com renda per capita entre US\$ 756,00 e US\$ 9.265,00, foram identificados 833 Agendas 21. Já entre os países com renda per capita inferior à US\$ 756,00, foram constatados apenas 183 processos. Tal indicador demonstra que, embora o combate à pobreza seja uma das premissas do documento assinado na Conferência Rio 92, *as diferenças de oportunidades entre ricos e pobres ainda continua sendo significativa*, posto que o número de processos nos países mais pobres é quase 30 vezes menor que nos países mais ricos⁴.

No Brasil, esta característica difere um pouco. De acordo com o IBGE, no Nordeste 63,8% dos municípios apresentam processos locais de Agenda 21, 15,8% dos municípios do Sudeste, 14,5% do Norte, 11,4% do Centro Oeste, e apenas 10,7% dos municípios da Região Sul. Logo, a região historicamente reconhecida como mais pobre possui um número maior de iniciativas neste campo, enquanto o Sul, berço do Orçamento Participativo, possui um indicador menor. Uma das justificativas para estes dados, segundo o próprio instituto federal de pesquisa é a atuação de órgãos públicos, como, por exemplo, o Banco do Nordeste – BNB que estimulou a construção de Agendas 21 Locais através do Programa Farol do Desenvolvimento instituído em 2009.

Os dados obtidos pelo IBGE e pelo ICLEI apontam para dois elementos importantes e que devem ser observados na análise da implementação dos processos de Agenda 21 Local nas mais diversas regiões do planeta:

- a) A condição social dos membros das comunidades estudadas, incorporando elementos como rendimento econômico, educação, acesso à direitos fundamentais e democráticos;

⁴ MIRANDA, Sandro Ari Andrade de. *O Local e o Global na Periferia da Globalização: a agenda 21 como alternativa democrática na Região Sul do Rio Grande do Sul* (Pelotas, São José do Norte e São Lourenço do Sul). Pelotas: UFPEL, 2009. 238 p.. (Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais), passim.

- b) A participação dos governos como estimuladores da organização local.

Obviamente tais fatores não necessariamente vão ser encontrados de forma conjunta – à exceção da existência de Democracia, que é um pré-requisito para o estímulo à participação cidadã – mas analisados de forma conjugada permitem uma melhor compreensão dos motivos que determinam um maior avanço ou não de processos participativos.

Nesse sentido, foi positiva a inclusão da Agenda 21 como um Programa no Plano-plurianual Federal, durante a gestão do Ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva (PPA 2004-2007), muito embora os resultados ainda estejam aquém dos compromissos assumidos pelo país em 1992.

Todavia, é importante destacar que não é apenas o elemento financeiro que interfere no processo de implementação de processos participativos como a Agenda 21. A cultura local, as experiências cívicas anteriores e o grau de mobilização das comunidades são fatores que impulsionam a construção destes mecanismos de gestão e planejamento.

Nesse sentido, a esfera local ganha força como *locos* de estruturação de instrumentos de participação popular por serem espaços de protagonismo muito mais próximos da vida das pessoas/cidadãos do que as demais esferas regionais, nacionais e até internacionais, permitindo a concreção das deliberações quando confrontada com a realidade das comunidades.

No local há uma grande proximidade entre a sociedade e as estruturas de poder, o que facilita o desenvolvimento de mecanismos de gestão participativa das questões públicas. O crescimento do número de processos participativos acaba reforçando o compromisso da comunidade, exatamente por dar maior visibilidade aos valores locais.

De acordo com Gisele Reis Cruz⁵ tais processos visam criar compromisso da comunidade com a solução dos problemas locais, fazendo com que a sociedade adquira não somente a responsabilidade de agir, mas também de debater e solucionar os problemas que lhes atingem diretamente, atuando como parceira dos governos no tratamento dos assuntos públicos. Já para Alfredo Alejandro Gugliano⁶ outro fator importante encontrado no

5 CRUZ, Gisele dos Reis. *Gestão Pública Integrada e Democratização da Sociedade: o Fórum de Desenvolvimento Local de Paraty/RJ*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005. 261 p. (Tese de Doutorado em Sociologia), passim.

6 GUGLIANO, Alfredo Alejandro. Alternativas de participação dos cidadãos na gestão pública: uma comparação entre Porto Alegre e Montevidéu. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, ano 2, n. 1, p. 143-156, jun. 2002.

avanço das democracias participativas é o aumento na eficiência da gestão pública, notadamente no que se refere à garantia de maior transparência das decisões. Em síntese, “os processos de democracia participativa são fundadores de uma nova cultura política, que supera o modelo tradicional no qual a participação da comunidade fica restrita à realização periódica de eleições”⁷.

Contudo, é necessário observar que tais processos participativos encontram maior força em comunidades onde existe maior tradição política deste tipo de iniciativa. Robert Putnam destaca a importância que a existência de regras de reciprocidade, bom estoque de capital social e de sistemas de participação cívica possuem para o bom desempenho institucional e político das comunidades.

No entendimento desse autor o capital social refere-se “a características de organização social das comunidades, como confiança, normas e sistemas que contribuem para aumentar a eficiência da sociedade”⁸.

Para ele, quanto maior o acúmulo de capital social pelas comunidades, maiores os resultados virtuosos das comunidades cívicas, ou seja, aquelas comunidades onde a cidadania se caracteriza pela participação nos negócios públicos, e quanto mais elevado o nível de confiança existente no âmbito de uma comunidade, maiores são as possibilidades de cooperação, “e a própria cooperação gera confiança”⁹.

Um dos fatores-chaves para a elevação do nível de confiança nas comunidades, apontados por PUTNAM, é a reciprocidade. Para ele existem dois tipos de reciprocidade: a “balanceada” (ou específica) e a “generalizada” (ou difusa).

a primeira diz respeito à permuta simultânea de itens de igual valor”, e a generalizada “diz respeito a uma contínua relação de troca que a qualquer momento apresenta desequilíbrio ou falta de correspondência, mas que pressupõe expectativas mútuas de que um favor concedido hoje venha a ser retribuído no futuro”¹⁰.

Das duas formas de reciprocidade, a primeira prevalece nas relações de esfera pessoal e privada. Já a segunda avança no ambiente das relações

7 MIRANDA, op. cit., p. 99.

8 PUTNAM, Robert D. *Comunidade e Democracia: a experiência da Itália Moderna*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 177.

9 Ibidem, p. 180.

10 Ibidem, p. 181.

de domínio público, motivo pelo qual “a reciprocidade generalizada é um componente altamente produtivo do capital social”¹¹.

Assim, se traçarmos um paralelo entre a teoria de Putnam com a construção dos processos participativos, a partir de uma visão histórica empírica, vamos observar que estes tiveram maior sucesso em comunidades onde a tradição de mobilização e participação é maior, como é o caso do Orçamento Participativo em Porto Alegre, ao ponto da própria oposição ao Partido dos Trabalhadores, em 2004, reconhecer que este mecanismo estava incorporado à cultura local. Já em cidades onde o nível de participação das comunidades sempre foi mais frágil, como em Pelotas, no Rio Grande do Sul, os resultados já não foram tão efetivos, situação esta que poderá ser observada com ênfase no próximo tópico sobre a implementação da Agenda 21 Local na própria Pelotas, em São José do Norte e em São Lourenço do Sul.

2 A AGENDA 21 NO INTERIOR DO RIO GRANDE DO SUL

Diferentemente da tese defendida pelo ICLEI, apesar das boas condições sociais e econômicas, o Rio Grande do Sul é um estado com pequeno número de processos locais de Agenda 21 frente ao número de cidades que compõem o seu território¹².

No presente estudo são enfocados processos de municípios localizados numa região que, apesar do grande crescimento econômico obtido pela cidade de Rio Grande em face dos investimentos do Governo Federal no setor portuário, ainda pode ser classificada como periférica, além de apresentar pouca tradição na construção de instrumentos de participação popular.

Das três cidades, Pelotas, centro regional e universitário e antiga referência da indústria *saladeril*, é a que apresenta um maior histórico de iniciativas de promoção de processos locais de participação e de movimentos de organização social no espaço urbano. Em São José do Norte e em São Lourenço do Sul apenas as comunidades rurais

11 PUTNAM, op. cit., p. 182.

12 O Estado possui 496 Municípios, segundo o IBGE. Entretanto, de acordo com informações do Banco de Dados de Agendas 21 locais do Ministério do Meio Ambiente acessado em 04 de outubro de 2011, existem apenas 18 processos de Agenda 21 registrados, incluindo o paralisado processo estadual: Agenda 21 Estadual do Rio Grande do Sul; Boa Vista do Cadeado; Bom Princípio; Cambará do Sul; Cassino; Comitê da Bacia do Rio Uruguai; Comitê das Bacias Litorâneas; Comitê da Bacia do Rio Guaíba; Porto Alegre; Santa Clara do Sul; Santa Cruz do Sul; Santa Vitória do Palmar; Santana do Livramento; São Domingos do Sul; Terra de Areia; Torres; Pelotas; Vera Cruz. Note-se a ausência de São José do Norte e São Lourenço do Sul na listagem, o que demonstra a insuficiência dos próprios registros públicos de informações.

apresentam certo grau de organização em volta dos conselhos de políticas agropecuárias.

Nos três casos, a Agenda 21 surgiu de uma iniciativa governamental e associada ao desenvolvimento ou revisão do plano diretor. Nos casos de Pelotas e de São Lourenço do Sul ainda seria possível mencionar as mobilizações do movimento ambientalista, algo completamente ausente em São José do Norte, salvo pequenas incursões de ONGs da vizinha cidade de Rio Grande contra o ingresso de indústrias poluidoras que afetassem a biota marinha, lacustre e associada.

De qualquer forma, se em Pelotas e São Lourenço do Sul ainda era possível falar em uma mobilização coletiva para a construção da Agenda 21 em torno de algumas organizações da sociedade civil, em São José do Norte não estava na pauta local e a necessidade de construção de Plano Diretor para atender o regramento do Estatuto das cidades acabou sendo uma janela de oportunidades. Contudo, nas três cidades o processo foi esvaziado após a elaboração do Plano Local de Desenvolvimento ou do Plano Diretor.

Localizada no Bioma Pampa, no litoral sul do Rio Grande do Sul, na região estuarina da Lagoa dos Patos, Pelotas conta, segundo estimativas de 2007 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, com cerca de 339.934 habitantes¹³. A grande maioria da população, ou seja 93,17% do total, está localizada na área urbana, e apenas 6,83%, na zona rural. Logo, sob o ponto de vista do desenvolvimento, pode ser afirmado que está é uma cidade de características econômicas e ambientais predominantemente urbanas.

Nessa cidade a realização da Agenda 21 teve início em 2001, a partir da criação do Fórum 21 pelo Conselho Municipal de Proteção Ambiental – COMPAM, mediante Resolução proposta pelo governo municipal.

A sua construção ocorreu de forma autônoma em relação a outros processos participativos (Plano Diretor, Orçamento Participativo, etc.). Os resultados do Plano Local de Desenvolvimento, embora divulgados numa publicação intitulada *“Agenda 21 de Pelotas – Construindo a Cidadania Ambiental”*, e no *“Relatório Anual de Qualidade Ambiental do Município de 2003”*, não foram convalidados por nenhuma norma jurídica.

Em São Lourenço do Sul e São José do Norte, cidades que, diferentemente de Pelotas, apresentam uma maior distribuição entre a população urbana e rural, a Agenda 21 foi realizada em conjunto com a elaboração do Plano Diretor. Em São Lourenço do Sul, onde ainda não foi aprovado o Plano Local de Desenvolvimento Sustentável, o respeito

13 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 2007.

às diretrizes aprovadas pela Agenda 21 Municipal foi institucionalizado como um dos princípios norteadores da aplicação do Plano Diretor.

Outro aspecto importante observado nessa cidade, na fase de elaboração do diagnóstico, foi o aproveitamento das audiências públicas do Orçamento Participativo como espaço de “consulta” à população para levantar os principais assuntos que deveriam compor o futuro plano local de desenvolvimento.

Já São José do Norte, onde existe uma menor tradição de debate sobre questões ecológicas, foi o município onde a Agenda 21 conseguiu o maior *status* jurídico-normativo. Nesta cidade, além dos princípios norteadores, o próprio plano local de desenvolvimento sustentável é parte integrante do Plano Diretor Municipal, compondo o Anexo III do referido diploma legal.

Em Pelotas todo o processo foi conduzido dentro da estrutura do Conselho Municipal de Proteção Ambiental – COMPAM, que dirigiu a elaboração da Agenda 21. Foi nesta estrutura que foi constituída a Comissão Especial para a estruturação do seu procedimento de instauração e depois o próprio Fórum da Agenda 21, motivo pelo qual tal processo acabou submetido regimento e o ritmo deste órgão.

Em face desta situação, muitas vezes, outros temas mais tradicionais dentro do cotidiano dos conselheiros, como a gestão da arborização urbana, foram priorizados em relação ao planejamento de longo prazo proposto pela metodologia da Agenda 21 Local.

Outro aspecto importante do processo de Pelotas foi a separação instrumental entre a construção da Agenda 21 e a elaboração do Plano Diretor municipal. Destes, o primeiro foi conduzido dentro da estrutura do conselho ambiental e presidido pela Secretaria respectiva, de Qualidade Ambiental. Já o ordenamento territorial ficou centrado na esfera da Secretaria Municipal de Planejamento Urbano. Embora separados, os processos correram paralelamente e independentes entre si.

Apesar desta interdependência e o fato dos relatórios de ambos os processos apontarem para a integração dos resultados e das deliberações, esta ação não foi realizada de forma efetiva, haja vista que as duas iniciativas estiveram submetidas a constante disputa política e tentativas mútuas de subordinação.

Conforme relato de Miranda¹⁴, no processo de elaboração da Agenda 21 Local de Pelotas, a hegemonia política era exercida pelo movimento ambientalista, tanto organizado em ONGs, como na academia e no governo, que se reunia em torno do COMPAM. Já a elaboração do Plano Diretor recebeu influência do setor universitário, do mercado da construção civil,

14 MIRANDA, ob. cit., passim.

incluindo as associações de profissionais e dos funcionários que compunham a estrutura histórica de planejamento urbano da cidade.

A organização em duas diferentes estruturas de gestão não significou homogeneidade política dos grupos. Foi possível observar que atores de um mesmo segmento manifestaram diferentes posições ideológicas, reforçando conflitos internos. Apesar da falta de integração formal da política municipal de planejamento, do uso e ocupação do espaço municipal e da Agenda 21 Local, a última acabou recebendo tratamento específico na Lei Municipal nº 5.502, de 11 de setembro de 2008, que instituiu o Plano Diretor de Pelotas, inclusive com a previsão dos Núcleos de Educação Ambiental – NEAS, estruturas que compunham a fase de monitoramento da metodologia da Agenda 21 de Pelotas aprovada no projeto de financiamento enviado ao Fundo Nacional do Meio Ambiente e no relatório da Comissão Especial criado no Conselho para regulamentar o projeto.

Aliás, este é o terceiro aspecto importante relativo à construção da Agenda 21 de Pelotas que o difere dos desenvolvidos nas outras duas cidades pesquisadas. A iniciativa de Pelotas foi a única que recebeu financiamento externo para a sua execução, através do Fundo Nacional do Meio Ambiente. No entanto, os problemas derivados da transição de governos acabaram resultando na suspensão dos repasses Federais, o que contribuiu de forma efetiva para a paralização do processo.

São José do Norte, apesar de ser um dos Municípios mais antigos do Estado, apresenta índices sociais alarmantes, motivo pelo qual possui o quinto pior IDH do Rio Grande do Sul, correspondendo a 0,703, situação esta que vem sendo modificada nos últimos anos em face dos reflexos da política industrial da vizinha cidade de Rio Grande.

De acordo com o IBGE, em 2003 o índice de pobreza em São José do Norte era de 33,93%. Já no censo 2000, foi constatado que a taxa de analfabetismo da cidade chegava a 22,04% da população com mais de 10 anos, e a taxa de mortalidade infantil correspondia a 20,90 habitantes por cada mil nascidos, índice que teve significativa redução em 2007 para 10,20 por mil habitantes¹⁵. Segundo o Atlas de Desenvolvimento Humano 2000 do PNUD, 21,7% da população está abaixo da linha de indigência, e 23,4% entre a linha de indigência e pobreza¹⁶.

No que tange à Agenda 21 Local da cidade de São José do Norte esta ocorreu, em conjunto com a elaboração do Plano Diretor. O marco

15 Fundação de Economia e Estatística do Rio Grande do Sul – FEE, 2009.

16 Portal dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – ODM, 2009.

inicial foi a publicação do Decreto Municipal nº 4.000, de 01 de Fevereiro de 2006, no qual foram definidas as regras para a composição do Fórum de Desenvolvimento Sustentável, estrutura que conduziu o processo.

Conforme destacado anteriormente, o processo não foi precedido por grandes movimentos populares em torno de pautas ambientais ou do desenvolvimento sustentável. Apenas o Núcleo de Educação e Monitoramento Ambiental – NEMA, ONG da cidade de Rio Grande, apresenta um histórico de luta política mais efetiva pela proteção do patrimônio ambiental local. Contudo, tanto a composição do Fórum, como a consulta popular, contaram com grande participação da sociedade civil nas 15 audiências públicas realizadas na cidade.

A metodologia adotada na construção da Agenda 21 de São José do Norte foi inspirada no modelo proposto pelo *passo à passo* do Ministério do Meio Ambiente. Mas, ao todo, somente foram colocadas em funcionamento as fases de mobilização, do diagnóstico sócio-ambiental e a fase de elaboração do Plano Local de Desenvolvimento. Apesar de aprovadas no relatório final do Congresso da Cidade realizado em setembro de 2006, e previstas na Lei do Plano Diretor, as estruturas de monitoramento comunitário não foram implementadas até hoje pela administração municipal.

Aliás, apesar de começado por iniciativa governamental, a falta de interesse da administração em relação ao tema da participação refletiu de forma negativa na implementação das metas indicadas no Plano de Desenvolvimento, ao ponto da Câmara Municipal de Vereadores ter se mantido alheia a todo o debate proposto junto à comunidade, inclusive no que se refere aos vereadores que compunham a base do governo.

A terceira cidade, São Loureço do Sul, assim como Pelotas e São José do Norte, está situada na região estuarina da Lagoa dos Patos, dentro do Bioma Pampa. Possui cerca de 42.339 habitantes, dos quais 53,7% moram na zona urbana, e 46,3% na zona rural. Mas esta é uma configuração recente da distribuição populacional, na medida em que, dos 41.420 habitantes residentes em 1991, apenas 45,7% moravam na zona urbana, e 54,3% na zona rural¹⁷, o que demonstra uma rápida migração para a zona urbana.

O processo de construção da Agenda 21 Local de São Lourenço do Sul teve como marco inicial o Decreto Municipal 2.644, de 02 de maio de 2005, que estabeleceu as diretrizes para elaboração da Agenda 21 Local e do Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado e Sustentável de São Lourenço do Sul, e criou o Fórum 21.

17 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, Censo 2000.

Assim como em São José do Norte, na cidade de São Lourenço do Sul a Agenda 21 Local foi elaborada em conjunto com o Plano Diretor. Contudo, na realização do diagnóstico foram aproveitadas as audiências públicas do Orçamento Participativo. No total, a consulta para o debate do Plano Diretor e da Agenda 21 Local foi realizada em 5 audiências públicas específicas, sendo 3 na zona urbana e duas na rural. Embora já tenha aprovado e publicado a Lei de ordenamento territorial, no qual constam as estruturas de monitoramento e planejamento da própria Agenda 21, o Plano de Desenvolvimento Local ainda não foi estruturado.

O que pode ser observado em todos os processos pesquisados é que nenhuma das cidades estudadas apresenta uma grande tradição de *cultura cívica*, conforme modelo construído por Robert Putnam¹⁸, embora tanto em Pelotas, em maior escala, quanto em São Lourenço do Sul, exista um relativo grau de articulação política entre instituições da sociedade civil, inclusive na área ambiental.

Nos três casos a origem dos processos são políticas ambientais com diferentes graus de associação com a estratégia local de planejamento urbano e, no caso de São Lourenço do Sul, com o orçamento participativo. Nesta cidade e em São José do Norte os dois processos, elaboração da Agenda 21 Local e do Plano Diretor, ocorreram conjuntamente. Já em Pelotas os processos ocorreram de forma articulada, mas independentes e paralelamente.

Apesar do esvaziamento político, constatado inclusive em cidades onde ocorreu continuidade de governos que instituíram os processos, como São Lourenço do Sul e São José do Norte, o debate repercutiu de forma positiva na legislação municipal, especialmente nos Planos Diretores. Nas três cidades estudadas existem disposições normativas sobre a Agenda 21 Local no referido diploma normativo.

Deve ser observado que, mesmo com a predominância da iniciativa governamental, todos os processos conviveram com a falta de recursos financeiros, inclusive na cidade de Pelotas, onde existia financiamento do Fundo Nacional do Meio Ambiente. Conforme destaca Miranda¹⁹, a resposta para esta situação um tanto contraditória pode ser encontrada na pouca valorização que a variável ecológica, em geral, tem dentro da estrutura da administração pública, notadamente quando é contraposta ao interesse de outros setores que apresentam maior poder político, como o econômico.

18 PUTNAM, op. cit., passim.

19 MIRANDA, op. cit., passim.

Além disto, principalmente em regiões com tradição patrimonialista de organização política, o planejamento de longo prazo possui um pequeno apelo social, como é o caso da região onde estão localizadas três Agendas 21 Locais estudadas. É comum a busca de solução para os problemas econômicos e sociais em projetos externos e dispendiosos, como a introdução da matriz papel-celulose no ambiente econômico regional nos últimos cinco anos, ou até mesmo a excessiva dependência no novo polo industrial-portuário.

Assim, a ausência de uma cultura política local voltada ao fomento da participação, a pouca mobilização social em torno de temas como planejamento, a ausência de financiamento direto para o reforço das estruturas participativas, e a falta de interesse dos agentes governamentais que, em pelo menos dois casos, abandonaram os processos logo após a aprovação de uma obrigação legal – a instituição do Plano Diretor Municipal – são fatores que somados contribuíram para a paralisação e esvaziamento das três Agendas 21 estudadas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Agenda 21 Local é um instrumento de participação popular construído em âmbito internacional, como efeito das deliberações da Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992.

Apesar do documento original apresentar uma série de medidas para a sua implementação, os resultados propostos acabaram não sendo alcançados em virtude, principalmente, do não cumprimento das metas de financiamento das ações previstas por parte dos seus signatários.

No caso em estudo apresentamos os resultados de três processos locais instituídos em cidades do interior do Rio Grande do Sul que apresentaram origem e resultados semelhantes, ou seja, respectivamente a iniciativa governamental e o esvaziamento político. Tal situação pode ser explicada por um conjunto de fatores que se repetiram em todos os casos: ausência de cultura política de participação; pouca mobilização social em torno de temas como planejamento; ausência de financiamento para o reforço de estruturas participativas; e o abandono dos projetos pelos governos após o cumprimento das obrigações legais, que em São José do Norte e São Lourenço do Sul foi a aprovação do Plano Diretor e, em Pelotas, a suspensão dos repasses de financiamento pelo Fundo Nacional do Meio Ambiente.

REFERÊNCIAS

- CRUZ, Gisele dos Reis. *Gestão Pública Integrada e Democratização da Sociedade: o Fórum de Desenvolvimento Local de Paraty/RJ*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005. (Tese de Doutorado em Sociologia).
- GUGLIANO, Alfredo Alejandro. Alternativas de participação dos cidadãos na gestão pública: uma comparação entre Porto Alegre e Montevidéu. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, ano 2, n. 1, p. 143-156, jun. 2002.
- ICLEI – Internacional Council for Local Institute Environmental Initiatives. *Second Local Agenda 21 Survey. Background Paper*, n. 15. New York: Department of Economic and Social Affairs, United Nations, 2002.
- MELO, Leonardo Freire de. *Orçamento Participativo e Agenda 21 Local: uma proposta ambiental estratégica para Campinas, SP*. Campinas, UNICAMP, 2003. (Dissertação de Mestrado em Engenharia Civil);
- MIRANDA, Sandro Ari Andrade de. *O Local e o Global na Periferia da Globalização: a Agenda 21 como alternativa democrática na Região Sul do Rio Grande do Sul* (Pelotas, São José do Norte e São Lourenço do Sul). Pelotas, UFPEL, 2009. (Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais).
- PORTAL ODM. *Acompanhamento Municipal dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio*. Disponível em: <<http://www.portalodm.com.br/relatorios/objetivo1.php>>. Acesso em: 17 abr. 2009.
- PUTNAM, Robert D. *Comunidade e Democracia: a experiência da Itália Moderna*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

PROFISSIONALIZAÇÃO NOS CARGOS DE CONFIANÇA: UMA PROPOSTA DE MUDANÇA NO PROCESSO DE NOMEAÇÃO DOS MINISTROS DE ESTADO VISANDO SUA MAIOR QUALIFICAÇÃO

*PROFESSIONALIZATION OF POSITIONS OF TRUST: A PROPOSAL
FOR CHANGE IN THE APPOINTMENT OF MINISTERS OF STATE,
SEEKING THEIR HIGHEST QUALIFICATION.*

Alexandre Borsato

*Analista Superior na Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
(INFRAERO). Administrador de Empresas, Pós-Graduado em Gestão Estratégica
nas Organizações Públicas pela Faculdade Projeção – DF.*

Camila Cintra Moura

*Advogada e Administradora de Empresas, Bacharel em Direito pela UEMG/
Universidade do Estado de Minas e bacharel em Administração pela UFU/
Universidade Federal de Uberlândia.*

Cláudio Lima Aguiar

*Administrador de Empresas, bacharel pela UnB Pós-Graduado em Gestão Estratégica
nas Organizações Públicas pela Faculdade Projeção - DF. Analista - Administrador da
Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT),*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Controle Interno e Externo; 2 Da Proposta do Artigo; 3 Da Qualificação dos Servidores; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: A busca por novas alternativas e a quebra de velhos paradigmas devem ser encaradas como os principais desafios dos gestores públicos. Para tanto, é necessário que os responsáveis pela gerência dos diversos setores do Estado utilizem mais dos conceitos desenvolvidos pela administração gerencial e abandonem os vícios desnecessários da burocracia. A gestão da coisa pública vem sendo debatida de forma cada vez mais objetiva e profissional. O crescimento populacional e as mudanças de suas necessidades trazem aspectos novos e obrigam os gestores a pensarem de forma inovadora na busca de soluções para as demandas advindas da sociedade. É comum que no alto escalão dos governos, os cargos sejam associados aos ideais partidários, à retribuição dada ao apoio recebido nas respectivas campanhas eleitorais. Entretanto, a profissionalização da gestão não pode ser abandonada. Este artigo tem como objetivo propor uma forma de aumentar a profissionalização e qualidade técnica das pessoas indicadas a cargos de confiança, que são de livre iniciativa do chefe do Executivo, mais especificamente, nos cargos de Ministro de Estado. Poder-se-ia realizar a nomeação destes, por modelo similar ao adotado na nomeação dos Ministros do STF, incluindo, a sabatina pelo Senado ou por uma comissão mista das duas casas do Legislativo, que vincularia a indicação política a um mínimo conhecimento da área de atuação. Superar esses paradigmas é o desafio dos novos gestores públicos no Brasil, um novo caminho para melhorar a gestão pública do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão Pública. Administração Gerencial. Profissionalização. Qualificação. Ministros de Estado.

ABSTRACT: The search for new alternatives and rupture of old paradigms should be viewed as the main challenges of the new public managers. Therefore, it is necessary to use the concepts developed by the managerial administration in order to abandon the unnecessary vices of bureaucracy and also from the patrimonialism. The public management has been debated in a more objective and professional way. Population growth and changes in their needs bring new aspects which require managers to think in innovative ways to find solutions to the new demands of society. It is common for the top echelon of government, the jobs are associated with the party ideals and consideration given to the support received in

the respective elections. However, the professionalization of management can not be abandoned. This article aims to propose a way to increase the professionalism and technical quality of the nominees for positions of trust - a free initiative of the Chief Executive - more specifically, the positions of Minister of State, tying a political statement to a minimum of knowledge in their area. Overcoming these paradigms is the challenge of the new public managers in Brazil, a new way to improve the public management of the State.

KEYWORDS: Public Management. Managerial Administration. Professional Qualification. Ministers of State.

INTRODUÇÃO

Dentre os segmentos da ciência da Administração, um dos mais importantes é a Administração Pública, representando o aparelho do Estado e servindo como instrumento do governo para planejar, organizar, dirigir e controlar as ações administrativas do Estado que buscam a satisfação das necessidades básicas da coletividade.

Todo o aparato administrativo que envolve a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios se moldam para oferecer serviços públicos de interesse coletivo e formam a Administração Pública, que é definida por alguns autores como:

Administração Pública é o conjunto de atividades desempenhadas ou dirigidas pelas autoridades e pelos órgãos de Estado, com o objetivo formal de promover o bem comum da coletividade¹.

Em sentido objetivo, material ou funcional, a administração pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos. [...] Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, pode-se definir Administração Pública, como sendo o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado².

Em seu sentido mais abrangente, a expressão administração pública designa o conjunto de atividades diretamente destinadas à execução

1 COTRIM, Gilberto. *Direito Fundamental*: instituições de direito público e privado. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.41.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.56.

das tarefas ou incumbências consideradas de interesse público ou comum, numa coletividade ou numa organização estatal³.

Administração pública são a organização e a gerência de homens e materiais para a consecução dos propósitos de um governo⁴.

De tudo isso se deduz que o significado do substantivo administração e do adjetivo pública é bastante claro: gerenciar os propósitos de um governo e os negócios de Estado, procurando atender o todo, o coletivo, a sociedade sem discriminação⁵.

Como visto, existem várias definições para o conceito de Administração Pública, com uma diversidade de sentido muito ampla, mas em todas há a menção do Estado, da coletividade e da gestão. Pode-se concluir que a Administração Pública nada mais é do que a gestão do setor público, sujeita aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, a qual detém prerrogativas diante do setor privado, para garantir os interesses da coletividade, e tem todo um aparato administrativo constituído de pessoas, órgãos e normas, ao seu dispor.

Corroborando o esforço do Governo em implantar o modelo gerencial na Administração Pública e servir de base para o desenvolvimento dos ideais da Reforma do Aparelho do Estado, conforme ficou claro no Plano Diretor de 1995, documento que orientou a reforma, o princípio da eficiência foi introduzido na Carta Magna pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

É de se perquirir se o princípio da eficiência é mesmo uma novidade introduzida no Setor Público. Desde o advento do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que procedeu a primeira Reforma Administrativa Federal, a atividade do Executivo está submetida ao controle de resultado; ao sistema de mérito; e à supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa.

O objetivo de reformar o aparelhamento do Estado, cujo processo ainda está em aberto, consiste em permitir que a Administração Pública se torne mais eficiente e ofereça ao cidadão serviços de maior qualidade, como ficou claramente expresso no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Todavia, a eficiência ali pregada tem nítida conotação

3 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*: por uma teoria da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p.10, 1987.

4 WALDO, Dwight. *O estudo da administração pública*. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, p. 06, 1971.

5 TENÓRIO, F. G.; SARAVIA, E. J. *Esforços sobre gestão pública e gestão social*. In: MARTINS, Paulo Emílio Matos, p.114, 2007.

de economicidade, baixos custos e de racionalização dos gastos públicos, consequência inclusive dos poucos recursos orçamentários. Assim, a lição que se pode trazer das empresas privadas é que a criatividade administrativa costuma ser afluída de forma proporcional à redução de zeros no orçamento.

Daí a motivação de pensar a eficiência pela ótica da Administração. De acordo com Maximiano⁶, conceitua-se como:

Eficiência é a palavra usada para indicar que a organização utiliza produtivamente ou de maneira econômica, seus recursos. Quanto mais alto o grau de produtividade ou economia na utilização dos recursos, mais eficiente a organização é. Em muitos casos, isso significa usar menor quantidade de recursos para produzir mais. Porém, há outros significados.

No âmbito jurídico, pode-se conceituá-la como sendo:

[...] a exigência jurídica, imposta à administração pública e àqueles que lhe fazem às vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público⁷.

Ainda nesse sentido é necessário distinguir eficiência de eficácia. *Eficiência* é o fazer certo, a maneira utilizada para atingir um resultado, é fazer certo a coisa. Já *eficácia* é fazer a coisa certa, alcançar o resultado, independentemente da maneira como se faz (determinante para a eficiência). Logo, uma ação pode ser eficaz sem ser eficiente. Contudo, a Administração Pública tem o dever legal e, também, uma obrigação ética, moral e constitucional de ser eficiente.

Tratam-se de dois conceitos antigos, porém totalmente atuais. Compreendê-los é de fundamental importância no foco da gestão estratégica; e confundí-los pode provocar grandes danos aos resultados da organização. Embora as diferenças entre os dois conceitos possam parecer sutis, é necessário identificá-las, para dar sequência nesse estudo, complementando ainda com o conceito de efetividade, o qual também possui impacto significativo no setor público.

6 MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. *Teoria Geral da Administração*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.05.

7 MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista Interesse Público*, n. 7. São Paulo: Notadez, p.70, 2000.

Segundo Di Pietro⁸, o princípio da eficiência apresenta dois aspectos, considerados em relação ao modo de atuação do agente público e ao modo de organizar, estruturar, e disciplinar a Administração Pública. O primeiro está ligado ao desempenho na execução das atribuições do agente público. Já o segundo tem o objetivo de conseguir melhores resultados na prestação do serviço, fator este que é um anseio da sociedade e do cidadão, o qual deseja ser atendido de maneira eficiente, ter seu problema resolvido de forma rápida e não burocrática (lenta).

Os novos tempos, com suas complexidades sociais, econômicas e, sobretudo, tecnológicas, trazem uma ampliação dogmática das opções administrativas⁹. Para Perez¹⁰, a Constituição Federal brasileira avançou a mera enunciação dos princípios da Democracia e do Estado de Direito, estabelecendo uma série significativa de normas voltadas a respaldar a adoção de institutos participativos na Administração Pública. É cada vez mais consensual no Brasil, assim como em outros países, a preocupação com o princípio da participação na Gestão Pública, assim como a sua eficiência e a legitimidade.

A Administração Pública, então, passa a adotar novos métodos de atuação voltados para a cultura gerencial. Segundo Perez¹¹:

A administração assume hoje a função de harmonizar o comportamento dos atores sociais, procurando ser mais transparente, distanciando-se dos modelos burocráticos puramente gerenciais e neoliberais.

Em uma tentativa de definir o que vem a ser uma gestão de qualidade, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, traz o seguinte conteúdo:

A boa gestão é aquela que define objetivos com clareza, recruta os melhores elementos através de concursos e processos seletivos públicos, treina permanentemente os funcionários, desenvolve sistemas de motivação não apenas de caráter material mas também de caráter psicossocial, dá autonomia aos executores e, afinal, cobra os resultados.¹²

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.79.

9 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos Coletânea Direito do Estado *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 1, Salvador: IDPB, p.07, 2005.

10 PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.221.

11 PEREZ, op. cit., p. 221.

12 BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Câmara da Reforma do Estado, Brasília, p. 38, 1995.

Para muitos, o Estado Mínimo volta a ganhar força, mas, segundo Bresser-Pereira, (Apud NORMANDO)¹³ o que se propôs na verdade foi a quebra de paradigmas, a redefinição do que realmente caberia ao Estado fazer e o que deveria ser delegado ao setor privado, através da construção do modelo gerencial. A obra de Osborne e Gaebler *Reinventando o Governo* (Apud CHIAVENATO)¹⁴, destaca alguns princípios que devem ser observados na construção do modelo gerencial:

- 1 – formação de parecerias;
- 2 – foco em resultados;
- 3 – visão estratégica;
- 4 – Estado catalisador, em vez de remador;
- 5 – busca da excelência.

Esses princípios básicos devem ser observados lembrando que os sistemas administrativos abrangem áreas diversas: pessoal civil, serviços gerais, organização e modernização administrativa, informação e informática, planejamento e orçamento, e controle interno.

Osborne e Gaebler na obra *Reinventando o Governo*¹⁵ trazem a frase de E. S. Savas que direciona o entendimento sobre a atuação do Governo: “A palavra ‘governo’ vem de um vocábulo grego que significa ‘navegar’. O papel do governo é navegar, não remar. Prestar serviços é remar, e o governo não é bom remador.

Ainda sobre o direcionamento a ser adotado pelo governo, a frase de Pompeu _ general romano nascido em 106 AC _ imortalizada por Fernando Pessoa: “navegar é preciso, viver não é preciso”, deve ser interpretada de forma que o termo “preciso” tenha a conotação de “ter precisão” e não de “ser necessário”. Assim, quando o governo atua como navegador, há que se identificar que essa ação deve ter a precisão adequada para que sejam atendidas as necessidades da população.

Diante dessa evolução administrativa, que aos poucos vem quebrando velhos e criando novos paradigmas, as práticas antes identificadas como promissoras e modernas devem ser revisitadas para que sejam feitos ajustes que venham a atender as novas demandas da sociedade.

13 NORMANDO, Izabely Michelle Cavalcante. *Administração de serviços públicos com foco no cidadão: Uma avaliação dos serviços prestados pelos órgãos julgadores do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: Universidade de Brasília – UnB/ Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação – FACE, 2009. p. 20.

14 CHIAVENATO, Idalberto. *Administração Geral e Pública*. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p.98.

15 OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o Governo*. 4. ed. Brasília: MH Comunicação, 1994. p. 26.

A forma de organização do Executivo brasileiro prevê a delegação de poder, pelo Presidente da República, aos Ministros de Estado. Essa delegação é realizada de forma que qualquer cidadão brasileiro com mais de 21 anos de idade possa ser indicado para atuar nesta função, conforme estabelecido no *caput* do art. 87 da CF/88, assim: “Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.”

Os cargos de Ministro de Estado *são, sem dúvida, entregues a pessoas da mais alta confiança do chefe do Executivo Federal. Os rumos das políticas públicas passam pelas mãos desses delegados. Entretanto, o fato de serem da confiança do Presidente da República não quer dizer, necessariamente, que possuam o perfil e a competência exigida para atuarem à frente de um Ministério. Competência que, neste caso, deve ter seu conceito entendido de forma mais ampla, não como mera faculdade ou um poder delegado, mas como capacidade e aptidão.*

Exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência_ neste caso sim, a delegada, atribuída, são apenas algumas das inúmeras tarefas dos Ministros. Sua atuação é de tamanha importância que merece ser exercida por pessoas qualificadas e comprometidas com o destino do país. As atribuições dos Ministros estão, em especial, registradas no parágrafo único do art. 87 da CF/88:

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;

IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.¹⁶

16 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

Segundo o inciso I do art. 84 da CF/88, cabe privativamente ao Presidente da República nomear e exonerar os Ministros de Estado. Essa liberdade por parte do Executivo de nomear livremente os cargos de maior relevância dentro deste poder pode trazer consequências pouco previsíveis.

Os cargos de Ministro de Estado são estratégicos para a condução das políticas adotadas pelo governo em seus programas, na condução do PPA (Plano Plurianual), bem como nas ações de crescimento do país. Para isso, é condição *sine qua non* que os agentes públicos à frente desses cargos atuem de forma a atender aos princípios que regem a atividade administrativa do Brasil.

Expressos no artigo 37 da Carta Magna, os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, são norteadores da postura e da conduta dos agentes públicos, independentemente do cargo que ocupam. A necessidade do atendimento a esses princípios não é apenas uma questão de obrigação por parte do agente, mas uma questão de colocar o interesse público acima de qualquer interesse pessoal ou individual do administrador.

Diante da importância do cargo de Ministro de Estado, cabe uma avaliação mais criteriosa na maneira com que estes são preenchidos. Há que se preservar, sem dúvidas, a prerrogativa do Presidente da República na indicação dos Ministros, contudo, urge a necessidade de se executar um controle prévio neste ato. Seria a mais categórica aplicação da teoria dos pesos e contrapesos (*checks and balances*) de Montesquieu, o verdadeiro espírito das Leis e da divisão dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) em nosso Estado.

1 DO CONTROLE INTERNO E EXTERNO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um tríptico controle da Administração Pública, sendo:

- Controle administrativo;
- Controle legislativo e
- Controle Judicial.

Assim, podemos observar que a Administração Pública, como um todo, submete-se a diversas espécies de controle, a iniciar pelo controle que exerce sobre si mesma, denominado controle interno ou controle administrativo.

Esse controle é exercido por órgão integrante da própria Administração fiscalizadora e controladora. É todo controle realizado pelo órgão em relação aos seus atos e aos atos de seus agentes. Também é chamado de controle hierárquico, em razão da existência de subordinação interna. É fundamentado no princípio da autotutela, segundo o qual

a Administração pode anular seus atos quando eivados de vício de legalidade ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade.

O controle externo pode ser exercido pelos órgãos de cúpula estranhos à Administração Pública, verificando-se, no caso, o controle judicial e o legislativo, consubstanciados no preceito constitucional segundo o qual os poderes são harmônicos e independentes entre si, no entanto, cabendo a cada poder fiscalizar a atuação do outro.

O controle legislativo, em regra, é um controle subsequente ou corretivo. Porém, poderá ocorrer previamente, como ocorre, por exemplo, quando a nomeação para um cargo depende de prévia aprovação de outro poder. A ocorrência do controle concomitante é, dentre outros dispositivos, assegurada pelo art. 50 da CF/88, quando permite a convocação dos Ministros de Estado para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado. Caracteriza-se como posterior, todavia, quando realizado após a prática do ato.

Embora haja a previsão de um controle prévio da Administração por parte do Legislativo, para determinadas situações este ainda não é exigido. Assim, cabe ainda um controle de suma importância a ser exercido pelo Legislativo: o controle prévio na nomeação dos Ministros de Estado.

2 DA PROPOSTA DO ARTIGO

Os cargos de confiança do chefe do Executivo, ou seja, aqueles os quais a nomeação depende exclusivamente da indicação do Presidente de República, acabam por se tornar uma forte e cobiçada moeda de troca em retribuição ao apoio político. Não é incomum observar que tais indicações sejam realizadas dentre as cotas partidárias de cada legenda que, com mais ou menos intensidade, atuaram em suas bases durante a campanha presidencial. Ademais, a continuidade do apoio oferecido pela base aliada durante o mandato é, geralmente, condicionada à manutenção em forma de cargos de alto escalão no executivo federal.

Entretanto, não há que se discutir a legitimidade dessa prática. A nomeação pontual de aliados políticos tem como um de seus propósitos a continuidade da linha de pensamento adotada na campanha eleitoral. Nesse caso, um delegado que se alinhe com os mesmos ideais político-partidários, seria a peça adequada para a condução da mesma política adotada pelo Presidente da República.

Porém, por mais legítima que seja essa postura, cabe salientar que o destino do país está acima de qualquer capricho praticado por aqueles que detêm, temporariamente, o poder. A necessidade de se controlar previamente os atos de nomeação se deve ao fato de haver algo acima

de todas as coligações partidárias, os interesses do país; e não os de um grupo de partidos políticos.

Um exemplo que chega a ser um pouco controverso é o processo de nomeação dos diretores da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. A Lei 11.182/2005, que criou a Agência, traz a seguinte orientação:

Art. 12. Os diretores serão brasileiros, de *reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados pelo Presidente da República, após serem aprovados pelo Senado Federal*, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. (grifo nosso)¹⁷

Analisando esse dispositivo, cabe uma indagação: Por que é exigida formação universitária; conhecimento na área de atuação e ainda a sabatina pelo Senado Federal? A resposta não parece muito distante, quando observamos que a nova gestão pública requer uma direção profissional que atenda aos anseios da população.

Porém, o que parece ser destoante nessa regra é que para a nomeação da maior autoridade do órgão ao qual a ANAC é vinculada – a recém criada Secretaria de Aviação Civil – SAC, não é necessária a sabatina pelo Senado. Ou seja, cria-se uma regra rígida para a nomeação de um subordinado, mas, por outro lado, não há regras para a nomeação de seu superior.

Assim, a intenção deste artigo é propor uma forma de aumentar a profissionalização e qualidade técnica dos indicados aos cargos de Ministro de Estado, que, como já abordado, são de livre nomeação e exoneração pelo chefe do Executivo Federal.

Propõe-se, portanto, a quebra de um paradigma. O constituinte originário de 1988 deixou em aberto a possibilidade de reforma da Constituição. O crescimento populacional, as mudanças de prioridades, bem como a evolução natural da sociedade, trazem aspectos novos que obrigam o constituinte reformador a pensar, de forma criativa e inovadora, na busca de soluções para as demandas que são constantemente acrescidas pela população.

O aumento do controle seja ele interno ou externo; a necessidade, cada vez maior, da profissionalização da gestão pública; e o nível de detalhamento que é demandado para aqueles que possuem as prerrogativas de decisão, certamente ratificam a urgência de haver um contingente mais qualificado na condução das políticas públicas do país.

17 BRASIL, *Lei no 11.182, de 27 de setembro de 2005*. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências

Assim, cabe ao poder derivado reformador, a ser exercido por iniciativa do Presidente da República, ou de 1/3 dos Deputados Federais, ou 1/3 dos Senadores, ou ainda de mais da metade das assembléias legislativas, a prerrogativa de corrigir e, por que não dizer, aperfeiçoar, as normas constitucionais de forma a moldar o positivismo às novas necessidades da população.

Em termos práticos, a reforma pretendida ocasionaria, necessariamente, algumas modificações pontuais no texto constitucional. Uma delas seria nas atribuições do Senado Federal, no art. 52, inciso III. Neste caso, seria necessária a inclusão de uma nova alínea “g”, conforme segue:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

III - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de:

- a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;
- b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;
- c) Governador de Território;
- d) Presidente e diretores do banco central;
- e) Procurador-Geral da República;
- f) titulares de outros cargos que a lei determinar;
- g) *Ministros de Estado* (grifo nosso, representando a inclusão de nova alínea)

Como forma de possibilitar o ingresso dos novos Ministros no início de seus mandatos, período em que o Congresso Nacional se encontra em recesso, caberia ainda a inclusão de um segundo parágrafo no *caput* do artigo 52, disposto de seguinte forma:

§ 2º. Excepcionalmente no início do mandato presidencial os Ministros de Estado poderão assumir interinamente o ministério com a devida

indicação do Presidente da República, por prazo não superior a 60 dias, enquanto aguardam a sabatina pelo Senado Federal.

Ainda dentro das alterações no texto constitucional, o art. 84, que trata das atribuições do Presidente da República, também seria objeto de reforma. Seu inciso I traz a prerrogativa do Presidente em nomear e exonerar os Ministros de Estado. Assim, haveria a possibilidade de inclusão do trecho: “após aprovação pelo Senado Federal”, ou ainda a inclusão do trecho: “e os Ministros de Estado” ao final do inciso XIV. Abaixo, os trechos da CF/88, juntamente com as duas possibilidades de modificação na redação:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I – nomear, *após aprovação pelo Senado Federal*, e exonerar os Ministros de Estado;

ou

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei *e os Ministros de Estado*; (grifos nossos, representando a proposta de nova redação) (<http://www.planalto.gov.br>, com adaptações)

Ao observar a alteração proposta no inciso I, do Art.84, cabe ressaltar que a exoneração dos Ministros não seria modificada, motivo pelo qual é sugerida a inclusão da necessidade de sabatina logo após a nomeação, restando a exoneração inalterada, mantendo-se a alçada exclusiva e a critério do Presidente da República.

No art. 87, a alteração pertinente seria incluir no *caput* a menção de que o Ministro seria sabatinado pelo Senado Federal, e ainda que tivesse a reputação ilibada, cabendo ao Senado, neste caso, a investigação da vida pública do postulante ao cargo. É fato que atender somente ao disposto no referido artigo não é suficiente para a boa gestão de um Ministério. Ou seja, ter mais de 21 anos e estar no exercício dos direitos políticos não deveriam ser, absolutamente, os únicos pré-requisitos para um cargo dessa natureza.

Mudanças como essas privilegiariam a capacidade profissional e premiariam o passado idôneo do futuro Ministro. Mais uma vez é importante

repisar que não se pretende restringir a possibilidade do chefe do Executivo de indicar um nome de sua preferência ao cargo. O que se propõe é adicionar ao ato de nomeação uma análise mais técnica e profissional. Certamente, as indicações por parte do Presidente da República tenderiam a ser realizadas com nomes de mais credibilidade e capacidade de gestão.

Não seria utópico, portanto, imaginar como poderia ser realizada a sabatina pelo Senado Federal para a confirmação ou rejeição do indicado ao cargo. Fatores como a reputação ilibada; ausência de condenações com trânsito em julgado por crimes previstos na Lei 8.429/92, que trata dos crimes de Improbidade Administrativa praticados por agentes públicos; conhecimentos relacionados ao Direito Administrativo, como a Lei 8.666/93, que trata das licitações e contratos administrativos; conhecimentos de Orçamento Público, uma vez que todas as ações da pasta estarão condicionadas à disponibilidade financeira e orçamentária; conhecimentos sólidos em Direito Constitucional, pois é o alicerce para as ações do Administrador Público. Além de ter conhecimento prévio da área de atuação.

Essas exigências seriam pré-requisitos para que uma pessoa tenha condições mínimas de gerir um Ministério e fazer com que seus indicadores de eficiência tenham níveis compatíveis com a responsabilidade exigida pelo cargo, de maneira que se possa viabilizar o retorno em serviços com a qualidade que a população espera.

Apesar de não se fazer necessária alteração da Carta Magna neste aspecto, é interessante frisar que, não se aprovando o Ministro na sabatina a ser realizada pelo Senado, deverá ser indicado outro nome pelo Presidente da República, sucessivamente, até que o indicado seja aceito pelo Senado Federal.

Não obstante, caso se pretenda dar maior clareza a este procedimento, ou ainda no intuito de evitar distorções da proposta, esse dispositivo pode ser destacado em parágrafo a ser incluído no artigo em que se proceder com a alteração.

Como complemento a esses pré-requisitos sugeridos, pode ser feita uma gestão por resultados, aplicando-se ferramentas de meritocracia, privilegiando as pastas que tiverem maior êxito na execução dos planos traçados para cada exercício, por exemplo. Ainda nesse sentido, pode-se agravar as consequências e aplicabilidade de penas para os Ministros que se envolverem em atos ilícitos, principalmente os previstos na Lei 8.429/92, independentemente de seu pedido de exoneração ou destituição do cargo.

Dessa forma, demonstrar-se-ia para a sociedade que o Governo, além de buscar pessoas de maior qualidade para gerenciar os bens e

serviços públicos, em prol do interesse coletivo, também se compromete com os princípios norteadores da Administração Pública.

3 DA QUALIFICAÇÃO DOS SERVIDORES

Com a obrigatoriedade de admissão de pessoal mediante concurso público, após a Constituição Federal de 1988, observou-se uma grande elevação no nível de escolaridade dos servidores. Essa ampliação da qualificação se deve ao fato de, cada vez mais, as pessoas se dedicarem aos concursos como forma de conseguir estabilidade no emprego e maior tranquilidade para a família. Em muitos casos, a crescente qualificação profissional dos candidatos ocasionou a elevação do nível de exigência das seleções públicas.

No serviço público como um todo, o maior contingente de servidores está lotado no poder Executivo. Sendo assim, para acompanhar a elevação da qualidade profissional que os servidores vêm demonstrando, os cargos de maior importância deste poder também deveriam seguir essa mesma tendência.

Segundo o Boletim Estatístico de Pessoal volume 17, nº. 183, de Julho de 2011, elaborado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG, a tabela disposta em sua página 96 estratifica a participação percentual dos ingressos por concurso no serviço público federal a partir de 1995, segundo o nível de escolaridade. Percebe-se que neste intervalo de tempo, houve uma significativa elevação da escolaridade dos entrantes.

O percentual de servidores de nível superior que ingressaram no serviço público federal saltou de 39,2% em 1995 para 68,9% em 2011 (dados atualizados até junho), ao passo que o ingresso de servidores com nível intermediário caiu de 51,3% para 31% neste mesmo período. Já nos cargos com escolaridade inferior, os chamados NA – nível auxiliar, os ingressos praticamente deixaram de ocorrer, passando de 9,5% para apenas 0,2%.

Analisando os dados acumulados, é possível perceber como ocorreu esse crescimento nos cargos de nível superior. No final da década de 1990, o percentual acumulado passou de 39% para 57%. Essa tendência permaneceu até chegar aos atuais 61%. Ou seja, 134 mil dos 220 mil servidores que entraram no serviço público federal entre 1995 e junho de 2011, tinham curso superior. Some-se isso ao fato de que as seleções para ingresso de servidores estão cada vez mais difíceis, fazendo com que o nível de qualificação dos candidatos entrantes esteja, muitas vezes, maior do que o mínimo exigido para as atribuições de seus respectivos cargos.

Conclui-se dessa análise que o serviço público está cada vez mais especializado, buscando assim atender à demanda crescente da população pela excelência nos seus serviços. Porém, não são apenas os servidores concursados que determinam a qualidade desta prestação, embora tenham grande parcela de responsabilidade em seu resultado final. Cabe principalmente àqueles que detêm o poder decisório, a condução das políticas públicas de forma a assegurar o bom andamento dos serviços prestados à população em geral, fornecendo meios e exigindo resultados dos servidores.

Cargos de natureza Administrativa não deveriam ser ocupados por pessoas que possuam apenas o perfil político. É fato que para a atuação no governo, a habilidade política é uma qualidade relevante e, até certo ponto, indispensável. Em algumas poucas exceções, a habilidade política prevalece, como é o caso da Secretaria das Relações Institucionais, bem como da Casa civil, que embora tenham status de Ministério, necessitam de um perfil notoriamente político para que sejam exercidas de maneira eficaz.

Porém, a falta de conhecimento especializado na área de atuação e também nos conhecimentos que se referem à gestão propriamente dita, pode prejudicar o bom andamento no atendimento às necessidades públicas e, com isso, desperdiçar a chance de utilização da qualificada mão de obra dos servidores em prol do atendimento às demandas da coletividade.

Em recentes episódios na política nacional, pudemos testemunhar a substituição de Ministros ainda no primeiro ano do mandato presidencial. Fatos como esses poderiam ser amenizados ou mesmo evitados caso houvesse o controle prévio por parte do Poder Legislativo, no que tange a aprovação dos nomes indicados pelo chefe do Executivo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A profissionalização na Administração Pública é o caminho mais curto e eficaz para o crescimento de um país. Há que se perceber que a base dessa pirâmide já vem demonstrando uma grande evolução qualitativa, como pôde ser observado na análise do boletim estatístico elaborado pelo MPOG. Mas é preciso mais do que ter bons servidores. É necessário ter uma boa gestão desta mão de obra. O austríaco Peter Drucker, saudoso escritor e consultor na área de negócios, assim dizia: “Não existem países subdesenvolvidos. Existem países sub-administrados.”

Uma gestão mais profissional, tendo como base um contingente cada vez maior de servidores qualificados profissionalmente, aumenta

as probabilidades de um crescimento sólido e consistente do país. O Brasil tem potencial e material humano para ser uma das mais ricas e importantes nações do mundo. O país possui dimensões continentais, com uma diversidade cultural e racial proporcionais ao tamanho do seu território. Possui também pessoas apaixonadas pelo país e que querem vê-lo não somente como um país em desenvolvimento, ou emergente, mas como uma realidade.

A Constituição Federal/1988 prevê, em seu artigo 3º, os seus objetivos fundamentais. Alcançá-los é poder transformar o país em uma sociedade livre, justa e solidária; com a garantia de seu desenvolvimento; sem miséria, marginalização e com desigualdades regionais e sociais reduzidas; promovendo assim o bem de todos. A eficácia dessas normas não pode ser eternamente considerada como programática. É preciso fazer com que elas deixem de figurar como um papel ilustrativo para ter um papel de objetivo, de meta a ser atingida, e que não dependa apenas “do dia do possível”.

Há que se afirmar que administrar um país vai muito além de enlases políticos; de acordos e barganhas; de favorecimento aos aliados em detrimento da oposição; da busca pelo poder e da corrupção que corrompe o foco pela eficiência e mina a estrutura do Estado, deturpando a verdadeira função da Administração Pública.

Administrar é planejar, organizar, dirigir e controlar as atividades do setor público na busca pelo bem comum, não havendo meios para o Brasil conseguir evoluir como nação, como país em franco desenvolvimento, se essas premissas não forem utilizadas na gestão da coisa pública.

A transição do modelo burocrático para o modelo gerencial teve início, mas um não rompeu totalmente com os ideais do outro, por isso, se faz necessário derrubar velhos e criar novos paradigmas, para ultrapassar as amarras e os entraves internalizados e herdados do patrimonialismo e da burocracia, antes que o Estado venha a sucumbir em mais uma crise de consequências incalculáveis.

A falta de honestidade de parte dos gestores públicos acaba por gerar um arsenal burocrático que penaliza todos os demais. Nasce a cada dia novas leis, decretos, portarias etc., que criam barreiras para dificultar a corrupção, mas que trazem consigo a contra-indicação de emperrar a fluência da boa gestão. Osborne e Gaebler¹⁸ em mais uma oportuna observação, relatam que: “Para vigiar os 5% desonestos, criaram a burocracia, que frustra tão profundamente os 95% restantes”, e ainda completam:

18 OSBORNE e GAEBLER, op. cit., p. 119.

É claro que a implantação da burocracia visa a evitar sinistros e dissabores. Porém, acaba por evitar que muitas outras coisas boas aconteçam também. A burocracia reduz o ritmo do governo, assemelhando-se ao de uma lesma. Tira-lhe toda a agilidade, tornando-o incapaz de se adaptar com rapidez às súbitas mudanças do dia-a-dia. Ineficiência e desperdício se espalham, chegando a todos os cantos da organização.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado traz em seu contexto o entendimento para mudança de postura do Administrador Público:

A administração pública gerencial vê o cidadão como contribuinte de impostos e como cliente dos seus serviços. Os resultados da ação do Estado são considerados bons não porque os processos administrativos estão sob controle e são seguros, como quer a administração pública burocrática, mas porque as necessidades do cidadão-cliente estão sendo atendidas¹⁹.

A finalidade da Administração Pública é o atendimento às demandas da população. A atividade meio quando bem executada, não é, necessariamente, valorizada. Quando um paciente é curado em um hospital público, ninguém se lembra que para que isso ocorresse foi preciso um apoio administrativo, seja na aquisição dos materiais essenciais, na manutenção do hospital ou na valorização da mão de obra.

O que podemos inferir de todo esse contexto é que, para que as atividades do Estado atinjam seu público alvo, é indispensável que as engrenagens da máquina estatal funcionem de forma a viabilizar o atendimento dessas necessidades. Embora o fim seja a meta, os meios são o alicerce para que estes sejam alcançados. Saber dar a cada uma dessas atividades a sua devida importância é saber compreender as diferenças entre a administração burocrática e a gerencial.

Diante das normas e dispositivos democráticos positivados na Carta Magna, bem como nas Leis infra-constitucionais, não podemos dizer que falta governabilidade (poder para governar) ao governo brasileiro. A governança_ capacidade de implementação das políticas públicas_ que se encontra prejudicada pela ineficiência e engessamento da máquina administrativa. Situações em que se observam a falta de profissionalização, de ética, ou de ambas.

19 BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Câmara da Reforma do Estado, Brasília, 1995. p. 17.

Não parece ser utópico desejar que o país em que vivemos tenha uma administração pública de qualidade. Não seria, tampouco, incoerente, sugerir novas atribuições àqueles que nos representam no Congresso Nacional. A vontade de contribuir com o crescimento do país supera possíveis tentativas de desencorajar o debate e a apresentação de novas propostas que possam colaborar com uma gestão mais competente, profissional e acima de tudo, honesta.

Por fim, é importante frisar que a profissionalização, aliada a uma conduta ética praticada pelos ocupantes dos cargos públicos e, ainda, ao modelo gerencial baseado na eficiência, pode ser o início da moralização e modernização da administração pública brasileira. A prestação de um serviço público de qualidade eleva os princípios que regem a atividade administrativa, e norteia as ações de um Estado forte, aparelhado e estruturado, funcionando como catalisadora para o desenvolvimento da máquina pública no cenário político, cultural, social e internacional.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*: por uma teoria da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27/09/2011.

_____. *Lei no 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 set. 2011.

_____. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Câmara da Reforma do Estado*, Brasília: 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM> Acesso em: 30 set 2011.

BUCHSBAUM, Paulo. *Frases Geniais*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

CHIAVENATO, Idalberto. *Administração Geral e Pública*. 7. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

COTRIM, Gilberto. *Direito Fundamental*: instituições de direito público e privado. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GESTÃO PÚBLICA. *Gesública*. Disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br/>> Acesso em: 28/09/2011.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. *Teoria Geral da Administração*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO / Boletim Estatístico de Pessoal. Secretaria de Recursos Humanos. v.17, n.183, , Brasília: MP, jul. 2011.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista Interesse Público*, n. 7, São Paulo: Notadez, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos Coletânia Direito do Estado – *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 1, Salvador: IDPB, 2005.

NORMANDO, Izabely Michelle Cavalcante. *Administração de serviços públicos com foco no cidadão: Uma avaliação dos serviços prestados pelos órgãos julgadores do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: Universidade de Brasília – UnB/ Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação – FACE, 2009.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o Governo*. 4. ed. Brasília: MH Comunicação, 1994.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIERANTI, Octavio Penna (Org.). *Estado e gestão pública: visões do Brasil contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

TENÓRIO, F. G; SARAIVA, E. J. *Esforços sobre gestão pública e gestão social*. In: MARTINS, Paulo Emílio Matos, 2007.

WALDO, Dwight. *O estudo da administração pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1971.

INOVAÇÃO GERENCIAL EM GOVERNOS SUBNACIONAIS: A EXPERIÊNCIA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA

MANAGEMENT INNOVATION IN A CONTEXT OF DECENTRALIZATION: THE EXPERIENCE OF CITY HALL IN VITÓRIA

Eduardo José Grin

*Mestre em Ciência Política (USP), Doutorando em Administração Pública e Governo
(FGV/EASESP), Pesquisador do CEAPG/FGV*

SUMÁRIO: 1 Descentralização, Relações Intergovernamentais e Gestão Local: revisando a literatura; 2 Política e Gestão na Organização Governamental; 2.1 A Construção do Modelo de Gestão e as Atividades Iniciais; 3 Estrutura Política e Organizacional do Modelo de Gestão; 3.1 O Funcionamento do Comitê Temático de Políticas Sociais; 4 Notas Finais para a Discussão do Modelo de Gestão da PMV; Referências.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo propor uma reflexão sobre a importância da modernização da gestão local em um contexto onde políticas públicas como saúde, educação e assistência social estão descentralizadas para os municípios. Com essa forma de relações intergovernamentais no federalismo brasileiro pós 1988, as administrações municipais passaram a serem cada vez mais os provedores de serviços sociais. Esse arranjo político-institucional coloca desafios administrativos e gerenciais para o nível local, sobretudo pela sua precariedade organizacional, técnica e financeira para assumir novas responsabilidades na prestação de serviços. O artigo argumenta em favor da necessidade de inovação gerencial para a esfera local de governo. Para tanto, realiza uma revisão da literatura sobre a descentralização buscando identificar de que forma a modernização gerencial dos governos locais se insere na abordagem dos autores analisados. Em seguida, apresenta a experiência desenvolvida na Prefeitura Municipal de Vitória visando implementar uma forma de gestão amparada na democratização dos processos decisórios internos com a organização de fóruns coletivos de gerenciamento. O artigo conclui-se apontando limites e desafios colocados para a introdução de modelos de gestão pautados na inovação gerencial e construção de uma nova cultura técnico-política na modernização da administração pública local.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão. Planejamento. Governo subnacional. Administração Pública. Município

ABSTRACT: This article has for goal to present a insight about the importance of modernization of local management in the context where public policies how health, education, and social welfare are decentralized to the cities. With this way of intergovernmental relationships in the Brazilian federalism after 1988, the municipal administrations became more and more the providers of social services. This political and institutional arrangement puts managers and administrative challenges to the local level, especially for his organizational, technical, and financial precariousness to assume news responsibilities in the delivery services. The article argues in favor of necessity of manager innovation to the local sphere of government. For both, makes a review of literature about the decentralization seeking to identify of that way the manager modernization of local governments if inserts in the approach of authors analyzed. Next, presents the experience development in the Vitória's City Hall in order a way to support the management in the democratization of the internal decisional process with the organization of manager collective

forums. The article conclude pointing limits and challenges put to the introduction of management templates lined in the innovation manager and the building of a new technical and political culture in the modernization of local public administration.

KEYWORDS: Management. Planning. Subnational Government. Public Administration. City.

1 DESCENTRALIZAÇÃO, RELAÇÕES INTERGOVERNAMENTAIS E GESTÃO LOCAL: REVISANDO A LITERATURA.

Embora a literatura enfatize o caráter errático da descentralização¹, pouco se duvida que esta seja irreversível para organizar as relações intergovernamentais e a provisão de políticas públicas, no Brasil, para os governos subnacionais. Contudo, a literatura sobre descentralização pouco analisa a modernização da gestão no governo local como suporte à eficiência política e institucional. Desse modo, esse artigo buscará cotejar essa discussão, com aquela que trata da modernização da administração pública, para apresentar a experiência do modelo de gestão implantado na Prefeitura Municipal de Vitória a partir de 2005. O artigo argumenta em favor da importância da gestão governamental para planejar, executar e avaliar políticas públicas em nível local. O gerenciamento será analisado como um meio de ampliar as capacidades organizacionais para governos locais atingirem suas metas políticas.²

Inicialmente reviso a bibliografia sobre descentralização para verificar como a modernização gerencial pode ser inserida na visão dos autores analisados. Alguns autores argumentam que, no Brasil, a descentralização e as relações intergovernamentais se deparam com precárias estruturas administrativas municipais, sobretudo limitações institucionais e financeiras que dificultariam aos municípios

1 Ver Arretche, Marta T. da Silva . Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Sociais, 31: 44-66, 1996. Souza, Celina. Redemocratização, federalismo e gasto social no Brasil: tendências recentes. XXIV Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS), Petrópolis, outubro, 1999.

2 O artigo não abordará a participação e controle social. Estas inovações institucionais são fundamentais para modernizar a governança local, mas entendo que, quanto maior a democratização do poder público junto à sociedade, maior a necessidade de uma gestão eficiente para manter a legitimidade política do poder público. Assim, a política tem na gestão um aliado indissociável.

assumirem encargos³. Segundo Abrucio⁴, “a coordenação federativa pode realizar-se, em primeiro lugar, por meio de regras legais que obriguem os atores a compartilhar decisões e tarefas – definição de competências no terreno das políticas públicas, por exemplo”. Para implantar essa atuação coordenada em nível intergovernamental, presume-se que os governos municipais devam ter capacidade técnica para qualificar a relação com o nível federal e para formular e executar os programas, o que demanda modernizar sua gestão do ponto de vista político e técnico. Coordenar atividades descentralizadas e problemas comuns entre esferas de governo demandam novos arranjos institucionais que incidem sobre o pacto federativo⁵. No Brasil, onde a descentralização se baseia em competências comuns entre as três esferas de governo, as relações intergovernamentais não podem ser compreendidas apenas no âmbito administrativo, pois dizem respeito aos vínculos federativos de ordem política. Por isso, as capacidades institucionais municipais incidem e são influenciadas pelas relações intergovernamentais.

No Brasil, as características do federalismo definem os contornos das relações entre o poder federal e os municípios, e mesmo que estes tenham mais autonomia decisória sobre algumas políticas sociais, há uma permanente negociação para definir níveis de responsabilidade entre esferas de governo.⁶ Conforme Rodden⁷, “o federalismo significa que para algum grau de subconjunto das decisões ou atividades do governo central, torna-se necessário obter o consentimento ou a cooperação ativa das unidades subnacionais”. Entendo que a autoridade compartilhada sobre atribuições requer, nos municípios, capacidades

3 ABRUCIO, Fernando Luiz. *A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula*. São Paulo: Revista de Sociologia Política, Curitiba, 24: 41-67. Kugelmas, Eduardo & Sola, Lourdes. Recentralização/Descentralização: dinâmica do regime federativo no Brasil dos anos 90. Tempo Social. Revista de Sociologia da USP, 11 (2): 63-83, 1999. Souza, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, 24: 105-121, 2005.

4 ABRUCIO, op. cit., p. 7, 2005.

5 Ver Affonso, Rui de Brito Álvares. *Descentralização e reforma do Estado: a Federação brasileira na encruzilhada*. Campinas: Economia e Sociedade, Revista de Economia da Unicamp, 14, p. 127-15, 2000. Souza, Celina. Governos e sociedades locais em contextos de desigualdades e de descentralização. Ciência e Saúde Coletiva, 7 (3), pp. 431-442, 2002.

6 Ver Almeida, Maria H. T. de. Federalismo e proteção social: a experiência brasileira comparada. Texto digitado, s/d. Disponível no site <www.fflch.usp.br/dcp/almeida>. Almeida, M. T. de. Recentralizando a Federação? Curitiba: Revista de Sociologia e Política, Curitiba, 24: 29-40, 2005.

7 RODDEN, Jonathan. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, 24: p.11, 2005.

gerenciais para que sejam mais bem executadas, sendo essa uma condição necessária para qualificar a descentralização e o federalismo cooperativo. Segundo Souza⁸ e Almeida⁹, a Constituição de 1988 fortaleceu os municípios, *vis-à-vis* os estados, ao conceder-lhes maior autonomia administrativa para gerir e implantar políticas federais. E, sendo os municípios os provedores de serviços sociais, a modernização gerencial se insere na sua agenda de forma crescente e pode cumprir um importante papel para a eficácia das políticas. Por isso, “a redefinição do papel dos governos locais tem sido acompanhada também por inovações na gestão administrativa *stricto sensu*”.¹⁰

Para Arretche¹¹ e Souza¹², o desenho institucional das políticas sociais é outra variável que incentiva ou constrange a descentralização. As estratégias indutivas do governo federal visando delegar a implementação para os municípios exemplificam esse processo, mas limitações administrativas e financeiras dos municípios também influenciam a decisão de assumir novas responsabilidades. Por isso, para Arretche¹³, devem ser criados “incentivos ao comportamento responsável por parte dos governos” que, segundo penso, suscitam modernizar a gestão municipal para proverem serviços eficientemente. A capacidade administrativa tem peso determinante na descentralização, pois define como os municípios usam seus recursos na gestão de políticas públicas.¹⁴ Nesse contexto, a modernização da gestão ajuda os governos locais a definirem a forma, o ritmo e o escopo de responsabilização em relação à descentralização de políticas. Sobretudo, diante do caráter errático¹⁵ desordenado e inconstante¹⁶ da descentralização, mais ainda os governos locais devem qualificar sua gestão para responder às demandas desse processo.

8 SOUZA, 2005.

9 ALMEIDA, M. H. T de. op. cit., s/d.

10 FARAH, Marta F. S. *Inovação e governo local no Brasil contemporâneo*. In: Inovação no campo da gestão pública local: novos desafios, novos patamares, Pedro Jacobi e José Antônio Pinho (orgs.), Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 70.

11 ARRETCHÉ, Marta T. S. Políticas Sociais no Brasil: descentralização em um Estado Federativo (1999). RBCS- *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 14 (40), p. 111-141, 1999.

12 SOUZA, Celina. *Governos locais e gestão de políticas sociais universais* (2004). São Paulo: Perspectiva, 18 (2), 2004. p. 27-41.

13 Arretche, 1996, p.18.

14 Arretche, 1999.

15 Arretche, 1996.

16 Souza, 1999.

Melhorar a gestão local depende de decisões políticas e técnicas dos governos municipais, embora programas federais visando modernizar os governos locais podem criar um ambiente institucional mais favorável ao repasse de atribuições em condições administrativas mais adequadas. Mas os programas em nível federal, como o PNAFM ou o PMAT, têm resultados fracos.¹⁷ Segundo Vignoli¹⁸, até 2009, por exemplo, somente 68 Prefeituras integravam o PNAFM, basicamente cidades grandes e médias. Para Abrucio¹⁹, visando melhorar a coordenação federativa, o governo federal deveria auxiliar os municípios a criarem capacidades administrativas para que as burocracias interajam com mais eficiência junto aos seus pares nos governos estadual e federal. Assim, a capacidade dos municípios em formular e implementar políticas, e seu desenvolvimento institucional, tem sido questões centrais para avaliar a efetividade da descentralização²⁰.

Segundo Melo²¹, um efeito perverso da descentralização reside em burocracias locais sem capacidade institucional para prover serviços, o que demanda melhorar essa performance criando uma cultura gerencial assentada na qualidade técnica e democratização dos processos decisórios. “A teoria organizacional contemporânea também aponta para a emergência de um paradigma pós-burocrático, que enfatiza estruturas horizontalizadas e cooperativas de *governance* em lugar de estruturas hierarquizadas”²². Nos governos subnacionais, sua “capacidade está sendo significativamente melhorada com os avanços na modernização da performance da burocracia, incluindo a adoção de novas técnicas”²³. Mas estas inovações não podem se basear em comandos hierárquicos

17 O PMAT (Programa de Modernização da Administração Tributária e Gestão dos Setores Sociais Básicos) apoia a modernização da administração tributária e a melhoria da qualidade dos gastos públicos visando à eficiência da arrecadação e a gestão dos gastos na educação, saúde e assistência social. O PNAFM (Programa Nacional de Apoio à Modernização Administrativa e Fiscal) apoia a modernização, fortalecimento da gestão fiscal e a melhoria da eficiência administrativa.

18 VIGNOLI, Francisco. *Poder Local e a Questão Municipal*. Rio de Janeiro: Cadernos FGV Projetos, 4 (8), p. 15-20, 2009.

19 ABRUCIO, op. cit., 2005.

20 WILSON, Robert H. et al. The past, present, and future of subnational governments and federalism. In: Farah, Marta Ferreira Santos; Graham, Lawrence S., Jacobi, Pedro and Rowland, Allison M. (Org.). *Governance in the Americas: Decentralization, Democracy, and Subnational government in Brazil, Mexico, and the USA*. 1 ed. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, pp. 249-280, 2008.

21 MELO, Marcus André. *Crise federativa, guerra fiscal e “hobbesianismo municipal”: efeitos perversos da descentralização?* São Paulo: Perspectiva, 10 (3), 1996. p. 11-20.

22 MELO, op. cit., p. 11.

23 WILSON et al. op. cit., p. 264.

tradicionais²⁴, pois recursos de ordem política, como negociação, devem substituir regras de submissão entre os atores governamentais. Portanto, o modelo de gestão deve instituir mecanismos de controle entre o *principal* (a direção política e técnica) e o *agent* (a burocracia) criando *accountability* administrativa por meio de fóruns coletivos de gestão, responsabilização por resultados e transparência de informações.

Sobre a modernização do Estado, Souza & Carvalho²⁵ concordam ser necessário rever os paradigmas organizacionais. Para os fins desse artigo aproveito uma citação das autoras na análise das reformas de segunda geração do setor público²⁶: “as propostas despolitizam a administração pública [...] e se baseiam em premissas ideológicas que elevam a importância da gerência e a distinguem da política, vista como um entrave à eficiência”²⁷. Contrariamente a essa visão, defendendo que a gestão governamental deve, de forma institucionalizada, aproximar administração e política. Na análise do caso de Vitória apresentarei os fóruns coletivos organizados conforme essa premissa.

Segundo Farah²⁸, outra mudança significativa no desenho de políticas sociais implementadas por governos locais consiste em *promover ações integradas*, dirigidas a um mesmo público-alvo. Esta perspectiva leva a superar a fragmentação político-institucional “ao procurar coordenar a ação de diversas secretarias e órgãos, cuja ação até então era segmentada ou justaposta, com perda de eficiência e de efetividade das políticas”²⁹. Mais adiante, ao analisar o modelo de gestão em Vitória ver-se-á como essa concepção foi implantada.

Mas, para Souza & Carvalho³⁰, até o final dos anos 90, a descentralização vertical dos serviços sociais não mereceu atenção no projeto de reforma do Estado, apesar de seus efeitos para a esfera local e seus objetivos como efetividade, universalização e democratização

24 SOUZA, 2002.

25 SOUZA, Celina ; CARVALHO, Inaiá M. M. *Reforma do Estado, Descentralização e Desigualdades*. Lua Nova, 48, 1999. p. 187-213.

26 As autoras criticam o afastamento entre política (democracia representativa) e administração (governo como reino da técnica). Aproveito essa visão para a análise interna dos governos e a separação entre direção política e burocracia técnica.

27 SOUZA; CARVALHO, 1999, p. 194.

28 FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, 35 (1), 2001. p. 119-144.

29 FARAH, op. cit., p. 132.

30 SOUZA; CARVALHO, 1999.

dos serviços públicos. Mesmo aumentando suas responsabilidades com a descentralização, os municípios não foram incluídos na reforma do Estado. Ainda que políticas federais descentralizadas fossem coordenadas pelos ministérios setoriais, o plano político-administrativo das relações entre esferas de governo não ensejou a modernização da gestão local. A reforma do Estado priorizou as funções de regulação e coordenação em nível federal e deixou um caminho aberto à inovação gerencial no plano local. Assim, é preciso considerar que “carências de ordem financeira estão comumente associadas a carências de capacitação técnico-administrativas, acentuadas [...] com a desativação ou redução do apoio institucional da União e dos estados aos governos locais”³¹. Para tanto, a “falta de capacitação das unidades subnacionais para assumir novos encargos....”³² deve estar na ordem do dia dos governos locais. Esta visão é reiterada, pois “dada a inexistência de uma estratégia geral de descentralização [...] não existiu uma correspondência necessária entre distribuição de encargos e receitas, fazendo com que alguns estados e municípios não consigam arcar com as novas atribuições”³³. Fica novamente ressaltada a importância da gestão municipal para responder à inadequação entre encargos assumidos e limites, nesse caso, fiscais, pois conforme Afonso & Araújo³⁴, as cidades assim podem contribuir para aprimorar o federalismo fiscal brasileiro.

O desenvolvimento gerencial municipal, e sua interface com a descentralização, também é abordado por Nogueira³⁵ enfatizando que gestores públicos devem adquirir outra cultura gerencial que promova a gestão cooperativa e a colaboração institucional. Para o autor, política e gestão devem integrar o desenvolvimento institucional dos governos locais num contexto em que a descentralização de políticas demanda inovação administrativa. O novo paradigma gerencial deve “encarar seriamente o desafio da qualificação, aprimorar sua capacidade técnico-política de conhecer criticamente o mundo, governá-lo e transformá-lo. [...] O êxito do processo de descentralização participativa [...] encontra aqui seu verdadeiro ponto de inflexão”³⁶. A experiência de Vitória,

31 SOUZA; CARVALHO, 1999, p. 204.

32 AFFONSO, Rui de Brito Álvares. op. cit., p. 129, 2000.

33 AFFONSO, op. cit., p. 137.

34 AFONSO, José Roberto Rodrigues; ARAÚJO, Erika Amorim. *A capacidade de gasto dos municípios brasileiros: arrecadação própria e receita disponível*. Cadernos Adenauer: Os municípios e as eleições de 2000. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 4, p. 35-57, 2000.

35 NOGUEIRA, Marco Aurélio. *A dimensão política da descentralização participativa*. São Paulo: Perspectiva, 11 (3), 1997. p. 9-19.

36 NOGUEIRA, 1997, p. 19.

doravante chamada PMV, se insere nesse cenário político-institucional, visando organizar o modelo de gestão, qualificar o funcionamento de governo e inovar a cultura político-gerencial ao democratizar os processos decisórios internos, cujas premissas teóricas se discute a seguir.

2 POLÍTICA E GESTÃO NA ORGANIZAÇÃO GOVERNAMENTAL

Para Crozier³⁷ (1989), a administração pública pode aproximar política e gestão, desenvolvendo um aprendizado institucional que enfrente a: a) separação entre planejamento (política) e execução (administração); b) comunicação entre unidades administrativas buscando romper a tensão entre os “feudos” internos; e c) criação de fontes de renovação intelectual. Requer-se alterar o padrão organizacional em que as lideranças definem políticas e a tecnocracia coordena processos burocráticos, isolando a dimensão política. Como “a administração é uma máquina de tomada de decisões”, pede-se um modelo de preparação e avaliação de decisões distintos do tipo comando e controle. Deve-se construir um ambiente de aprendizagem e mais horizontal na relação entre unidades organizacionais, reduzindo a imposição de regras para fortalecer o desenvolvimento intelectual na solução de problemas³⁸. Esta mudança na coordenação das políticas e de atores visa substituir o comando centralizado em que os dirigentes regulamentam tudo. O processo de gestão deve afastar-se do modelo impessoal, estável, previsível e normatizado em favor de outro mais personalizado, instável, imprevisível e aberto às possibilidades das interações político-administrativas³⁹. Esse raciocínio ajuda a compreender o sistema decisório adotado na PMV, amparado em fóruns coletivos de gestão.

Neste sistema decisório, um novo profissional da política deve integrar os núcleos centrais do governo para qualificar a gestão estratégica⁴⁰. “Quanto mais complexa uma organização, menos pode se contentar apenas com a aplicação de seu regulamento, mais ela precisa contar com a cooperação de seu pessoal e mais deve obter a participação consciente em busca de objetivos comuns”⁴¹. A participação pode gerar democracia e cooperação na busca de objetivos comuns e

37 CROZIER, Michel. *Estado Modesto, Estado Moderno*. Brasília: FUNCEP, 1989.

38 CROZIER, Michel. *A Sociedade Bloqueada*. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

39 CROZIER, op. cit.

40 DROR, Yehzekel. *A capacidade para governar*: informe ao Clube de Roma. São Paulo: Fundap, 1999.

41 CROZIER, op. cit., p. 86.

decisões coletivas; além de um “aprendizado cooperativo” que estimule a participação efetiva na formulação política⁴². Assim, organizar “células de preparação de decisões” junto às lideranças qualifica a gestão da política e seu embasamento técnico⁴³, como ocorreu nos fóruns de gestão na PMV e o “aprendizado cooperativo” entre a alta direção política do governo e o corpo gerencial. Novas formas de relacionamento entre política e gestão devem aproximar o processo gerencial e decisório, via uma rede de unidades internas reforçadoras da cooperação, ao invés dos vínculos de subordinação⁴⁴. Uma participação baseada no diálogo e na negociação pode democratizar o debate interno, distintamente das estruturas internas de poder departamentalizadas⁴⁵.

O modelo de gestão da PMV orientou-se por essas premissas visando constituir capacidades gerenciais, baseado em estruturas coletivas para descentralizar o gerenciamento governamental. O funcionamento dos Comitês Gestores e Temáticos, que será apresentada adiante, é um exemplo dessa concepção que contribuiu para legitimar estes espaços decisórios internos, ademais de democratizar a gestão. Buscou-se substituir um modelo organizacional com normas centralizadas por outro sustentado em mais *accountability* administrativa⁴⁶. A seguir discuto como essas premissas foram compreendidas na implantação do modelo de gestão da PMV.

2.1 A CONSTRUÇÃO DO MODELO DE GESTÃO E AS ATIVIDADES INICIAIS

A qualificação da gestão governamental constava do Programa de Governo desde a campanha eleitoral em 2004. Destacava-se ser necessário “empreender a gestão pública [promovendo] a articulação das diferentes áreas de governo, identificando os pontos de contato nos diversos projetos e integrando e sensibilizando as equipes de trabalho para que, desta forma, sejam priorizadas as políticas sociais⁴⁷.” Em

42 CROZIER, op. cit.

43 CROZIER, op. cit.

44 AGUILLAR, Luís F. El aporte de la Política Pública y de la Nueva Gestión Pública a la gobernanza. Caracas: *Revista Reforma y Democracia*, n. 39, p. 1-15, 2007.

45 BRUGUÉ, Quim. *Modernizar la administración desde la izquierda: burocracia, nueva gestión pública y administración deliberativa*. Caracas: Reforma y Democracia, 29, 2004. p. 1-16.

46 GARNIER, Leonardo. *El espacio de la política en la gestión pública in Política y Gestión Pública*, Caracas, CLAD: Fondo de Cultura Económica Argentina S.A, 2004. p.91-138.

47 Coligação Vitória de Todas as Cores. Programa de Governo Coser Prefeito, Caderno de Gestão Pública, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente. p. 1, 2004.

outra passagem, se dizia que “[...] é preciso investir em programas integrados, ou seja, articular as ações das secretarias que atuam em áreas que buscam combater os problemas sociais mais elementares, como a fome, as condições de moradia desumanas, o desemprego, a violência urbana, a dificuldade de universalização do acesso à saúde e ao ensino de qualidades, etc. Para garantir esta visão de desenvolvimento, é necessário o envolvimento multidisciplinar e interinstitucional dos órgãos públicos”⁴⁸.

Desde o início do governo, tratou-se de elaborar o Planejamento Estratégico e as prioridades do período 2005-2008, visando cumprir dois objetivos: a) político: legitimar o planejamento com base em ampla discussão nas instâncias internas; b) gerencial: lançar as bases da gestão participativa e intersetorial⁴⁹. O planejamento foi elaborado conforme o seguinte roteiro metodológico:

- 1) Elaboração das Definições Estratégicas e dos programas priorizados pelas Secretarias;
- 2) Realização de consultas com a sociedade civil (movimento social e sindical, partidos políticos etc.);
- 3) Realização do seminário de planejamento que definiu, com base nas consultas externas e internas e nas definições políticas de governo, os programas prioritários que deveriam detalhar seus projetos (atividades, metas, valores financeiros e cronograma);
- 4) Organização de Comitês de Gestão nos órgãos, formado por sua direção política e técnica (secretários e diretores), responsáveis por planejar e gerir os programas setoriais;
- 5) Sistematização e detalhamento dos programas estratégicos de governo;
- 6) Organização de programas intersetoriais em Comitês Temáticos (fóruns formados por secretários dos órgãos com afinidade em um campo comum de ação). Estruturaram-se quatro comitês: Gestão Administrativa, Políticas Sociais,

48 Coligação Vitória de Todas as Cores. op. cit., p. 2, 2004.

49 FARAH, 2001.

Desenvolvimento Urbano e Desenvolvimento Econômico e Social;

- 7) Validação do Planejamento Estratégico junto aos Secretários Municipais e;
- 8) Apresentação do Planejamento Estratégico para a Câmara Municipal, Gerentes/PMV, sociedade civil e servidores⁵⁰.

O planejamento incentivou a intersetorialidade para evitar a fragmentação das políticas públicas e a duplicação de esforços para uma mesma finalidade. Concluído o planejamento, buscou-se estruturar o modelo de gestão como suporte organizacional aos programas. Conforme o Caderno de Apresentação do Planejamento⁵¹, “será um grande avanço que o governo estará incorporando à administração municipal: um modelo de gerenciamento organizado a partir do trabalho coletivo, democrático e participativo, transparente e reforçador da intersetorialidade e focado nos programas prioritários da gestão.” Segundo Melo⁵², uma forma de *governance* mais horizontalizada, cujas dificuldades iniciais para organizar os fóruns coletivos de gestão foram:

- 1) A existência de visões departamentalizadas do tipo comando controle, pouco afinadas com a democratização do processo decisório;
- 2) Ausência de uma dinâmica de trabalho coletivo que fortalecesse a cultura de aprendizado institucional em oposição aos modelos hierarquizados⁵³;
- 3) Dinâmica desigual de funcionamento dos fóruns, bem como da presença de órgãos e da alta direção política nas suas atividades;
- 4) Dificuldade de comunicação interna diante da visão tradicional dos órgãos atuarem isoladamente para não “perderem poder” e;

50 Prefeitura Municipal de Vitória. Programas Prioritários 2005-2008, A cidade que a gente faz. Caderno de Apresentação do Planejamento Estratégico, 2005.

51 Prefeitura Municipal de Vitória. op. cit., 2005.

52 MELLO, op. cit., 1996.

53 SOUZA, 2002.

- 5) Um modelo de gestão pouco estruturado e com o planejamento de governo não organizado em torno de prioridades integradas e intersetoriais.

O desafio foi organizar a agenda de governo e sua dinâmica política e técnica de gestão, buscando: a) ampliar as capacidades administrativas, considerando a realidade em vigor da descentralização de políticas federais, conforme Kugelmas⁵⁴ e Abrucio⁵⁵; b) modificar a cultura técnico-política da administração pública⁵⁶. Apresentar essa estrutura política e organizacional será o tema da próxima seção.

3 ESTRUTURA POLÍTICA E ORGANIZACIONAL DO MODELO DE GESTÃO

O modelo de gestão foi organizado em torno de fóruns coletivos formados pela alta direção política do governo e dos órgãos e sua apresentação se baseia em Grin⁵⁷:

- 1 Organização de fóruns gerais: coletivos responsáveis pela gestão estratégica que, além da Coordenação de Governo e Secretariado, eram:
 - a) Comitê de Gestão Estratégica do Governo, composto pela Secretaria de Gestão Estratégica (SEGES), Coordenadores dos Comitês Temáticos e o Prefeito. Cabia a esse Comitê a governança geral, a condução política do planejamento de governo e do modelo de gestão e;
 - b) Comitê Executivo da Gestão Governamental formado pela SEGES e Secretarias Executivas (unidades internas coordenadoras da gestão nos órgãos). Esse fórum monitorava o planejamento e a gestão nos órgãos, ademais de estimular o “aprendizado cooperativo” em âmbito político e técnico de forma solidária e intersetorial.

⁵⁴ KUGELMAS; SOLA op. cit., 1999.

⁵⁵ ABRUCIO, Fernando Luiz. op. cit., 2005.

⁵⁶ NOGUEIRA. Marco Antônio. op. cit., 1997.

⁵⁷ GRIN, Eduardo José. *Intersetorialidade e transversalidade no modelo de gestão e planejamento governamental no município de Vitória, Brasil*, XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 30 oct. - 2 nov., p. 1-24, 2007.

2. Organização por área de atuação (Comitês Gestores): fórum de gestão nos órgãos formado pelo titular e cargos-chave de direção política e técnica, visando organizar um modelo decisório mais horizontal entre as unidades internas e menos hierarquizado entre a liderança política e a gestão técnica. O objetivo era construir um processo decisório distinto do tipo comando hierarquizado com as seguintes atribuições:
 - a) Apoiar a gestão descentralizada, com delegação e ampliação da responsabilidade política e técnica;
 - b) Gerenciamento do planejamento estratégico: programas e projetos específicos das áreas, dos projetos que compunham um programa compartilhado (coordenados por um órgão, mas estruturado em torno de metas comuns visando sua execução integrada) e dos indicadores de avaliação.
- 3 Organização integrada de áreas com afinidade temática (Comitês Temáticos): fóruns temáticos (Comitês de Políticas Sociais, Comitê de Gestão Administrativa, Comitê de Desenvolvimento Econômico e Social e Comitê de Desenvolvimento Urbano) reunindo órgãos que poderiam atuar de forma integrada por sua afinidade. Buscou-se romper a cultura da fragmentação administrativa e da baixa integração entre as áreas. Os programas integrados eram mais abrangentes (mais experiências afins atuando conjuntamente) e otimizaram os recursos financeiros, tecnológicos e humanos. Os Comitês Temáticos desenvolveram uma pedagogia coletiva para educar a direção política do governo, particularmente os titulares dos órgãos, a compreenderem os limites de ações isoladas. Por isso, os Comitês Temáticos identificavam problemas cuja solução fosse mais bem respondida pelo planejamento integrado. Este sistema coletivo de gestão transversal e participativa democratizou o debate interno ao incorporar elementos de natureza política como o diálogo e a negociação⁵⁸, com base nas seguintes atribuições:
 1. Diagnosticar problemas que exigem atuação intersetorial e focado nos programas estratégicos do governo;

58 SOUZA, 2002.

2. Formular, coordenar e avaliar programas integrados entre os órgãos e;
3. Fortalecer a cultura de atuação integrada (racionalizar despesas, pois o federalismo fiscal brasileiro requer, segundo Afonso & Araújo⁵⁹, soluções locais que ajustem as ações aos recursos disponíveis).

Integrar os Comitês Temáticos e os Comitês Gestores setoriais foi fundamental para o modelo de gestão, pois o fluxo de informação entre as unidades com afinidade temática permitiu a integração funcional com a integração em um campo comum de assuntos. Assim ampliou-se a comunicação horizontal entre os órgãos para reduzir os “feudos” internos, e construiu-se um relacionamento cooperativo entre política e gestão para modificar a cultura político-institucional de fragmentação administrativa por meio de:

1. Reuniões dos Comitês Gestores para tratar dos projetos setoriais que compunham os programas integrados, cuja avaliação era debatida no Comitê Temático;
2. Deliberação dos Comitês Temáticos, pois as ações de cada programa, cuja responsabilidade era dos órgãos, formavam sua concepção integrada e as definições adotadas retornavam para a Secretaria específica implementar ações corretivas e;
3. Criação de um fluxo integrando Comitês Gestores e Comitês Temáticos em torno de responsabilidades pactuadas nas ações qualificou a gestão funcional e intersetorial para formular e gerir políticas públicas⁶⁰.
4. Organização da estrutura de coordenação gerencial e política, quando se criou a Secretaria de Gestão Estratégica (SEGES) para monitorar e avaliar o planejamento estratégico descentralizado nas áreas. Sua função era de assessoria:
 - a) Assessorias Temáticas: assessores que acompanhavam os comitês temáticos e as secretarias para: a) organizar, juntamente com o Coordenador, as reuniões dos fóruns temáticos e a

59 AFONSO; ARAÚJO. op. cit., 2001.

60 WILSON et al. op. cit.

implementação das decisões junto aos responsáveis pelos projetos; b) subsidiar as reuniões de Secretariado e o debate dos programas; c) acompanhar reuniões dos Comitês Gestores das áreas afins com o Comitê Temático (por exemplo, nos órgãos que compõem o Comitê de Políticas Sociais) visando garantir unidade técnica e política do debate e integrar os assuntos nos comitês gestores; d) monitorar o modelo de gestão; e) verificar com o secretário executivo dos órgãos o *status* dos programas e ações e; f) analisar os programas com os seus responsáveis. Estas “células de preparação de decisões” qualificaram a gestão da política e seu embasamento técnico.

b) Comitê de Gestão da SEGES: fórum coletivo dessa Secretaria com a participação dos assessores temáticos para avaliar programas e o modelo de gestão, visando subsidiar o debate dos fóruns de gestão governamental. Reforçou-se a compreensão de que a capacidade gerencial requer um modelo de avaliação e monitoramento de governo.

Embora essa arquitetura do modelo de gestão se aplicasse a todo governo como uma forma de inovação administrativa *stricto sensu*, houve órgãos e comitês temáticos em que seu funcionamento foi mais efetivo. Apresenta-se, a seguir, a experiência do Comitê de Políticas Sociais (2005/2006) para ilustrar, com esse *case*, a dinâmica intersetorial do modelo de gestão.

3.1 O FUNCIONAMENTO DO COMITÊ TEMÁTICO DE POLÍTICAS SOCIAIS

Este fórum reunia as Secretarias de Educação, Saúde, Assistência Social, Cidadania e Direitos Humanos e Cidadania, Cultura, Trabalho e Geração de Renda, Esportes, Segurança Urbana e Assessoria Especial do Projeto Terra, que será apresentado a seguir. Coube a esse fórum a gestão integrada e monitoramento dos programas e projetos estratégicos de políticas sociais (que eram 17 dos 40 programas estratégicos de governo). Face à complexidade dessa agenda, se buscou organizar a gestão e a avaliação integrada dos programas da marca de governo “Cuidar das Pessoas”. Esta era um eixo estratégico destacando que o “governo cuida das pessoas e promove o exercício da cidadania com políticas públicas integradas nos diferentes territórios da cidade, ampliando as oportunidades

de inclusão social e construindo a cultura da paz”. Esse Comitê se caracterizou pela regularidade de suas reuniões com a presença dos titulares dos órgãos, mesmo das secretarias mais autônomas orçamentariamente como Saúde e Educação.

Os objetivos acima pautaram um dos 17 programas coordenados pelo Comitê: o Projeto Terra, que propunha, por meio da gestão participativa, intervenções sociais via políticas urbanísticas, econômicas e ambientais para a população em áreas de ocupação espontânea. Buscava-se desenvolver a “inclusão social, promoção humana e a melhoria da qualidade de vida integrando à população alvo à cidade”. Buscou-se constituir uma ação integrada a ser executada em onze regiões da cidade chamadas poligonais. Para ilustrar a dinâmica integrada, e sua vinculação com a estrutura política e organizacional de gestão acima descrita, a experiência da Câmara Territorial da poligonal VII – Região de São Pedro será apresentada, pois se tratava de uma região cujos indicadores sociais justificavam sua priorização. Em 2006, possuía 28.718 habitantes, sendo 1092 analfabetos. Em relação ao mercado de trabalho, 2.368 mulheres eram consideradas chefes de família e 2.058 pessoas recebiam entre um e quatro salários mínimos. Conforme a saúde pública havia problemas de gravidez na adolescência, de exploração sexual infantil, de cobertura vacinal e 633 casos de dengue entre 1999 e 2002 (os serviços públicos de rede de água, esgoto e coleta de lixo atendiam apenas 27% da população). No tocante à segurança pública registrava-se um índice de mortes violentas de 54 homicídios (especialmente entre jovens de 15 a 24 anos)⁶¹

Diante desses indicadores se organizou um Grupo de Trabalho formado pelos Secretários das áreas de políticas sociais e técnicos dos órgãos. Constituiu-se uma Câmara Territorial focada em “questões integradoras” (p. ex.: adolescentes em conflito com a lei e gravidez na adolescência) para orientar o GT. Para o enfrentamento à violência definiram-se ações integradas, pois como política pública isolada seria pouco eficaz. Compreendeu-se que a Câmara Territorial, vinculada ao Comitê de Políticas Sociais, seria um avanço, pois a intersetorialidade possibilitaria: a) unificar o diagnóstico da realidade e uma atuação mais efetiva no território; b) ampliar a visibilidade dos projetos, respeitando a integralidade no atendimento à população; c) gerar participação da sociedade civil; d) criar indicadores integrados para facilitar a avaliação e; e) organizar projetos estratégicos de inclusão social para otimizar

61 Prefeitura Municipal de Vitória. Apresentação da Câmara Territorial de São Pedro, Seminário de Governo, 2006.

recursos e alargar o campo de ação das políticas públicas. A Figura 1 apresenta o fluxo geral de funcionamento da Câmara Territorial em que se observa o vínculo com o Comitê de Políticas Sociais, mediado pela marca temática “Cuidar das Pessoas”. A vinculação política e técnica entre esses dois fóruns foi possível pela afinidade de interesses, o que colaborou para organizar uma gestão mais horizontalizada e menos afeta ao comando e controle centralizados. A metodologia adotada se aproxima do argumento de Nogueira⁶² sobre os desafios que as prefeituras têm para implantar uma nova cultura político-gerencial diante das demandas da descentralização das políticas públicas e do desenvolvimento do novo perfil de gestor público.

As políticas públicas integradas, e definidas nesse fórum, pautavam os Comitês de Gestão de quatro secretarias (SEMAS-Assistência Social, SEMUS-Saúde, SEME-Educação e SEMSU-Segurança Urbana). O desdobramento das ações transversais nos órgãos presentes nessa Câmara demandava “capacidades administrativas” nas áreas, sem o que a gestão intersetorial perderia em eficácia. Visando alcançar esses objetivos, a metodologia de trabalho buscou: a) construir interfaces entre as secretarias presentes na CT; b) subsidiar as decisões do Comitê de Políticas Sociais; c) otimizar recursos humanos, financeiros e organizativos via gestão intersetorial; d) estruturar ações, considerando o território, os eixos estratégicos do governo, a Marca Temática do Comitê de Políticas Sociais e o público alvo e; e) motivar a cooperação do CT em ações intersetoriais. O CT operava com: a) reuniões mensais; b) reuniões quinzenais do Grupo Executivo para elaborar sua pauta; c) avaliações trimestrais do planejamento estratégico; d) transparência interna de informações para evitar a ação de “feudos” (por exemplo, o envio de atas das reuniões aos participantes) e; e) divulgação das ações apoiada pela Secretaria de Comunicação. A SEGES formava o grupo executivo para coordenar a CT. A seguir se analisa o modelo de gestão implementado na PMV indicando as dificuldades encontradas.

4 NOTAS FINAIS PARA A DISCUSSÃO DO MODELO DE GESTÃO DA PMV

Segundo Almeida⁶³ e Rodden⁶⁴, o federalismo cooperativo se baseia na autoridade compartilhada e competências comuns entre

62 NOGUEIRA, 1997.

63 ALMEIDA, Maria H. T. op. cit., s/d; 2005.

64 RODDEN, op. cit.

esferas de governo. A organização das relações intergovernamentais, e a descentralização de políticas, requerem capacidades instaladas nos municípios, permitindo que as atribuições assumidas sejam mais bem organizadas para sua implantação. A experiência dos fóruns coletivos de gestão da PMV foi um esforço para responder às incumbências assumidas pelos municípios no federalismo brasileiro. Buscou-se qualificar a tomada de decisão, a delegação de responsabilidades sobre as políticas públicas e a descentralização gerencial. Construiu-se um suporte decisório intersetorial e setorial, baseado na gestão participativa, como um canal para os atores governamentais decidirem políticas.

O desafio de criar um ambiente gerencial e político-institucional mais democrático e mais eficaz buscou escapar da visão de comando e controle centralizado, visando construir um modelo que aproximasse política e gestão, democracia e eficácia, legitimidade política e autoridade decisória na formulação e gestão de políticas. O debate coletivo foi um meio mais eficaz do que decisões de natureza técnica, como se a política não fosse intrínseca à gestão pública. A aproximação entre a política e a técnica foi um diferencial na gestão, além de qualificar os resultados do planejamento de governo. Os fóruns coletivos serviram para definir prioridades (as políticas nas instâncias de deliberação) e seus fins (os programas estratégicos e suas metas).

O modelo gerencial enfatizou a organização coletiva e o monitoramento dos programas de governo, buscando reduzir o tecnicismo gerencial sem avaliação política, bem como a visão oposta que concebe a democratização da gestão como panacéia contra a ineficácia administrativa. Ao adotar as prioridades políticas do governo, gerou-se um distanciamento da visão tecnicista, segundo a qual, para decidir e destinar recursos, o governo deve despolitizar-se⁶⁵. Com os fóruns gerenciais criou-se uma cultura político-institucional e de aprendizagem organizacional para gerir metas integradas, distintamente do isolamento que fragmenta ações e estimula uma lógica de poder restrita aos órgãos, reduzindo as possibilidades de integração técnica e política. A resposta à fragmentação de responsabilidades comuns na administração pública burocrática foi um novo marco de cooperação⁶⁶. Buscar essa integração foi um teste de eficiência político-gerencial para os órgãos operarem com prioridades de governo antes de sua agenda setorial.

Por fim, é importante apresentar algumas dificuldades encontradas

65 GARNIER, op. cit., 2004.

66 BLANCO, Ismael; GOMA, Ricardo. *La crisis del modelo de gobierno tradicional*: reflexiones en torno a la governance participativa y de proximidad, Revista Gestión y Política Pública, D.F, México, 12 (1), p. 5-42, 2003.

para implantar o modelo de gestão, dentre os quais:

- 1 *Gestão integrada de programas*: um “novo aprendizado institucional”, baseado na gestão coletiva e transversal, foi uma variável dependente dos distintos interesses políticos, o que gerou desigualdade no ritmo de implementação e incidu sobre a gestão intersetorial de políticas. Em algumas situações, o debate sobre programas enfrentou a falta de uniformidade e/ou diferença nas informações disponíveis para embasar decisões coletivas;
- 2 *Construção de interesses convergentes*: programas intersetoriais nem sempre conseguiram definir interesses integrados, pois alguns tinham metas justapostas e eram mais uma agregação de intencionalidades do que interesses comuns organizados. Esta situação refletia situações contraditórias em que os órgãos se depararam com o dilema da colaboração, ou do isolamento, na constituição do modelo de gestão;
- 3 *Envolvimento da direção política*: o modelo exigia a participação da alta direção política, mas como a administração tradicional opera com uma lógica segundo a qual para cada área especialista corresponde um nível decisório, garantir a presença das lideranças nesse processo de gestão foi um desafio;
- 4 *Manutenção dos fóruns coletivos*: a departamentalização como estrutura interna de poder decisório possui fortes raízes na gestão pública, sendo difícil alterar esse *habitus* administrativo. Buscou-se criar fóruns coletivos onde a direção política decidisse sobre políticas públicas, mas garantir encontros na periodicidade definida exigiu cobrança para que sua presença conferisse legitimidade ao modelo de gestão e suas deliberações;
- 5 *A política no planejamento governamental*: distinto da visão que “despolitiza a política” e compreende o planejamento pelo viés técnico, o desafio foi manter o foco nas prioridades políticas e evitar a tentação tecnicista da gestão como fim em si mesmo;

- 6 *Avaliação política e técnica do planejamento de governo*: constituir a avaliação política e técnica dos resultados dos programas foi um desafio difícil e de pouco êxito e;
- 7 *Democratização de informações*: a departamentalização da gestão pública segmenta o fluxo de informações. Mesmo com fóruns coletivos houve dificuldade para disponibilizar informações, pois, para alguns órgãos, democratizar informações significava perder poder.

A experiência da PMV mostrou que a organização política e institucional da gestão governamental buscou ampliar sua eficácia e efetividade. Este artigo apresentou como o modelo adotado combinou política e gestão em um novo formato gerencial. A implantação desse modelo objetivou aproximar eficácia e democracia, legitimidade política e capacidade gerencial, mesmo diante dos interesses e estratégias dos atores no ambiente institucional. Mesmo considerando a especificidade da experiência, o estudo sobre formatos políticos e gerenciais na administração pública é um tema atual na agenda dos governos subnacionais, e esse artigo buscou contribuir nesse debate ao discutir a experiência de modernização encetada na PMV.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz (2005). A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 24: 41-67.

AFONSO, José Roberto Rodrigues; ARAÚJO, Erika Amorim (2000). A capacidade de gasto dos municípios brasileiros: arrecadação própria e receita disponível. *Cadernos Adenauer: Os municípios e as eleições de 2000*. São Paulo, Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 4: 35-57.

AFFONSO, Rui de Brito Álvares (2000). Descentralização e reforma do Estado: a Federação brasileira na encruzilhada. *Economia e Sociedade, Revista de Economia da Unicamp*, 14: 127-152.

AGUILLAR, Luís F. (2007). El aporte de la Política Pública y de la Nueva Gestión Pública a la gobernanza. *Revista Reforma y Democracia*, 39: 1-15.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. *Federalismo e proteção social: a experiência brasileira comparada*. Texto digitado, s/d. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/dcp/almeida>>.

_____. Recentralizando a Federação? (2005). *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, 24: 29-40.

ARRETCHE, Marta T. da Silva (1996). Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, 31: 44-66.

_____. Políticas Sociais no Brasil: descentralização em um Estado Federativo (1999). *RBCS- Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 14 (40): 111-141.

BLANCO, Ismael; & GOMA, Ricardo (2003). La crisis del modelo de gobierno tradicional: reflexiones en torno a la governance participativa y de proximidad, *Revista Gestión y Política Pública*, D.F, México, 12 (1): 5-42.

BRUGUÉ, Quim. Modernizar la administración desde la izquierda: burocracia, nueva gestión pública y administración deliberativa. *Reforma y Democracia*, 2004.

Coligação Vitória de Todas as Cores (2004). Programa de Governo Coser Prefeito, *Caderno de Gestão Pública, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente*.

CROZIER, Michel. *A Sociedade Bloqueada*. Brasília: Universidade de Brasília, (1983)

_____. (1989). *Estado Modesto, Estado Moderno*, FUNCEP, Brasília.

DROR, Yehezkel. *A capacidade para governar: informe ao Clube de Roma*. São Paulo: Fundap, 1999.

FARAH, Marta Ferreira Santos (2001). Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, 35 (1): 119-144.

_____. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo (2006). In: *Inovação no campo da gestão pública local: novos desafios, novos patamares*, Pedro Jacobi e José Antônio Pinho (orgs.), Rio de Janeiro: FGV.

GARNIER, Leonardo (2004). El espacio de la política en la gestión pública in *Política y Gestión Pública*, Caracas, CLAD: Fondo de Cultura Económica Argentina S.A.

GRIN, Eduardo José (2007). *Intersetorialidade e transversalidade no modelo de gestão e planejamento governamental no município de Vitória, Brasil*, XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 30 oct. - 2 nov.

KUGELMAS, Eduardo; SOLA, Lourdes (1999). Recentralização/Descentralização: dinâmica do regime federativo no Brasil dos anos 90. *Tempo Social. Revista de Sociologia da USP*, 11 (2): 63-83.

MELLO, Marcus André. Crise federativa, guerra fiscal e “hobbesianismo municipal: efeitos perversos da descentralização? São Paulo: Perspectiva, 1996.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. A dimensão política da descentralização participativa. São Paulo: Perspectiva, 1997.

Prefeitura Municipal de Vitória (2005). Programas Prioritários 2005-2008, A cidade que a gente faz. *Caderno de Apresentação do Planejamento Estratégico*.

_____. (2006). *Apresentação da Câmara Territorial de São Pedro*, Seminário de Governo.

RODDEN, Jonathan (2005). Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, 24: 9-27.

SOUZA, Celina (1999). *Redemocratização, federalismo e gasto social no Brasil: tendências recentes*. XXIV Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS), Petrópolis, outubro.

_____. (2005). Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, 24: 105-121.

_____. Governos locais e gestão de políticas sociais universais. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. Governos e sociedades locais em contextos de desigualdades e de descentralização (2002). *Ciência e Saúde Coletiva*, 7 (3): 431-442.

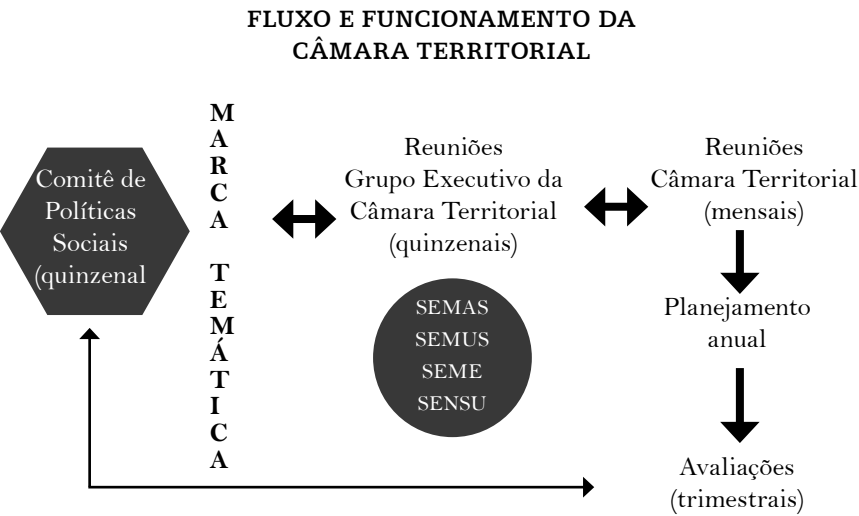
SOUZA, Celina; CARVALHO, Inaiá M. M. (1999). Reforma do Estado, Descentralização e Desigualdades. *Lua Nova*, 48: 187-213.

SOUZA, Celina; BLUMN, Márcia (1999). *Autonomia política local em contextos de desigualdades intra e inter-regionais*. XXXIII Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, São Paulo.

WILSON, Robert H.; WARD, Peter M.; SPINK, Peter K.; RODRÍGUEZ, Victoria (2008). The past, present, and future of subnational governments and federalism. In: FARAH, Marta Ferreira Santos; GRAHAM, Lawrence S., JACOBI, Pedro and ROWLAND, Allison M. (Org.). *Governance in the Americas: Decentralization, Democracy, and Subnational government in Brazil, Mexico, and the USA*. 1 ed. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, pp. 249-280.

VIGNOLI, Francisco (2009). Poder Local e a Questão Municipal. *Cadernos FGV Projetos*, Rio de Janeiro, 4 (8): 15-20.

Figura 1 – Estrutura e Fluxo do Modelo de Gestão



UMA ANÁLISE DA GESTÃO DO INSTITUTO PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO DE SANTA HELENA – PB, NO ANO DE 2010

*AN ANALYSIS OF THE MANAGEMENT OF OWN PENSION OFFICE OF THE
CITY OF ST. HELENA - PB, IN THE YEAR 2010*

Gislany Assis da Silva

Acadêmica do Curso de Bel. em Ciências Contábeis na FAFIC – Cajazeiras – PB.

Heriano Azevedo de Lucena

Mestre em Desenvolvimento Regional-UFRPE. Docente.

Joseilma Dantas Ageu

Especialista em Administração Financeira – UFCG.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fundamentação Teórica; 1.1 Previdência Social no Brasil; 1.2 Previdência Própria no Brasil; 1.3 Gestão Pública; 1.3.1 Gestão de Recursos Financeiros; 1.4 Equilíbrio Financeiro e Atuarial; 2 Metodologia da Pesquisa; 3 Desenvolvimento e Análise dos Dados; 3.1 Breve Histórico do Município de Santa Helena – PB; 3.2 A Criação do Regime Próprio de Previdência do Município de Santa Helena – PB; 3.3 Repasses das Contribuições Previdenciárias; 3.3.1 Apuração das

contribuições previdenciárias da Câmara Municipal ao RPPS; 3.3.2 Apuração das contribuições previdenciárias da Prefeitura Municipal de Santa Helena ao IPAM; 3.4 Utilização dos Recursos com Despesa Administrativa; 3.5 Posicionamento das Entidades quanto as Irregularidades; 3.6 Investimentos e Aplicações; 3.7 Equilíbrio Financeiro e Atuarial do RPPS; 3.8 A Transparência na Gestão do IPAM de Santa Helena-PB; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: A Previdência Social Brasileira está organizada em três regimes distintos: Regime Geral, Regime Complementar e Regime Próprio. Estatísticas recentes revelam que muitos gestores públicos têm escolhido como rumo ou estratégia, instituir o Regime Próprio de Previdência Social. Baseado neste contexto surgiu a necessidade de conhecer a sistemática de funcionamento do Instituto de Previdência Própria Municipal e certificar-se dos atos praticados pelo seu responsável quanto a legalidade e responsabilidade na arrecadação dos recursos. A partir deste questionamento originou-se o objetivo principal deste estudo que é analisar a gestão do IPAM - Instituto de Previdência do Município de Santa Helena – PB no ano de 2010. Foi realizado uma pesquisa bibliográfica e documental, através da análise dos demonstrativos financeiros e balancetes relativos a 2010, onde buscou-se obter um diagnóstico da situação do Regime Próprio de Previdência Social - RPPS diante da situação financeira e atuarial. Constatou-se, de que havia uma dívida do Município para com o Instituto, como também da verificação de que os repasses não foram feitos em sua totalidade, devido às nomeações dos novos servidores efetivos. Porém, o Instituto Próprio manteve os recursos aplicados em Fundos de Investimentos de Renda Fixa. Com base nestes resultados conclui-se então que a melhor maneira de garantir um bom gerenciamento dos recursos públicos é a existência de uma perfeita interação entre os setores: contábeis, atuarial, jurídicos e de investimentos.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Social. Previdência Própria. Contribuições Previdenciárias. Gestão de Recursos. Investimentos.

ABSTRACT: The Brazilian Social Security is organized in three distinct system: the General, Supplemental and Social Self. Recent statistics show that many public managers have chosen as the direction

or strategy, establish the Social Security Own System. Based on this context there was a need to know the systematic operation of the Institute of Social Self and making sure the acts of the person responsible and the legality and accountability in the collection of resources. A questioning from this inquiry if the main objective of this study is to analyze the management of IPAM – Institute of Social Security of the City of St. Helena - PB in 2010. Was Carried a literature search and document, through the analysis of financial statements and balance sheets relative to 2010, which sought to obtain a diagnosis of the situation of the Institute of Social Security on the financial and actuarial. It was observed that there was a debt of the city towards the Institute, as well as verifying that the transfers were not made at all, due to the effective appointment of new servers. However, the Institute Self kept the funds invested in Investment Funds Fixed Income. Based on these results it is concluded then that the best way to ensure good management of public resources is the existence of a perfect interaction between the sectors: accounting, actuarial, legal and investment.

KEYWORDS: Social Security. Social Self. Social Security Contributions. Resource Management. Investments.

INTRODUÇÃO

A Previdência Social define-se por um seguro que o trabalhador faz quando está no exercício de suas atividades. Ocorre por meio de contribuições mensais ao fundo de previdência, para que o mesmo possa usufruir de benefícios no futuro, garantindo o seu sustento e o daqueles que dele dependam economicamente. A Previdência Social Brasileira está organizada em três regimes distintos: Regime Geral de Previdência Social, Regime de Previdência Complementar e Regime Próprio de Previdência Social.

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é um regime de filiação obrigatória destinado aos trabalhadores do setor privado e empregados públicos regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). O Regime de Previdência complementar (RPC) é destinado às pessoas que queiram complementar sua previdência. São consideradas optativas e são geridas por fundos de pensões abertos ou fechado. Já o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) está destinado aos servidores públicos de cargo efetivo, por sua vez é financiada através das contribuições feitas pelo ente público, servidores ativos, aposentados e pensionistas. A Unidade Gestora do RPPS faz parte da administração do

ente público, o qual fica na responsabilidade de gerenciar e operacionalizar os recursos e benefícios previdenciários dos servidores efetivos municipais.

A importância de estar a par dos atos praticados pelo gestor público, é complementada com a contínua fiscalização do Tribunal de Contas, uma vez que é de competência do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE - PB) o poder de fiscalizar e penalizar os gestores do RPPS, já que eles são obrigados a prestar contas dos recursos que foram utilizados ou não. Quanto à prestação de contas, VALE¹ destaca sua obrigatoriedade:

A obrigatoriedade de prestar contas não só dos recursos a ela confiados, mas também, sob pena de responsabilidade de que os mesmos são administrados e aplicados de forma econômica, eficiente e eficaz, com estrita observância dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, legitimidade, publicidades, eficiência e outros.

Desta forma surgiu o interesse em conhecer a sistemática de funcionamento do Instituto Próprio de Previdência do Município de Santa Helena - PB e certificar-se dos atos praticados pelo seu responsável quanto a legalidade e responsabilidade na arrecadação dos recursos. Uma vez que as normas legais estabelecem que os recursos públicos provenientes da arrecadação das contribuições previdenciárias só poderão custear os benefícios previdenciários. De um modo geral, as pessoas enxergam previdência como um assunto que só deverá dar importância e ter ciência quando se está próximo a uma aposentadoria. Porém, quando se trata de recursos públicos, ter seriedade de buscar conhecer a legislação e acompanhar os atos da gestão é imprescindível. Nesse sentido, nosso objetivo principal é justamente analisar a gestão do RPPS no Município de Santa Helena no ano de 2010

1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1.1 PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

É possível conceituar Previdência Social no Brasil como sendo um conjunto de normas de proteção e defesa do trabalhador a determinados momentos como: velhice, invalidez, pensão aos dependentes, auxílio doença, auxílio maternidade etc.

A Lei que instituiu a Previdência Social no Brasil foi a Lei Eloy Chaves, emanada do Decreto Legislativo nº 4.682, de 24 de janeiro

1 VALE, Carlos Alberto do Nascimento. *Procedimentos de auditoria Pública*. João Pessoa-PB: Universitária – UFCG, 2001. p. 22.

de 1923, no qual criou a caixa de aposentadorias e pensões para os empregados do setor privado de estrada ferroviária. Em 1931 houve a consolidação da legislação referente a Caixas de pensões, estendendo o regime da Lei Eloy Chaves a vários segmentos de trabalho do setor público como as criações dos Institutos de Aposentadorias e Pensões Marítimas, dos Comerciais, dos Bancários dentre outros.

No intuito de Uniformizar as normas que versava de previdência e unificação dos diversos órgãos previdenciários, criou então a “Lei Orgânica dos Serviços Sociais” (LOSS). Essa uniformização ficou conhecida como a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) que integrou todas as caixas de pensões em um único órgão, o Instituto de Aposentadorias e Pensões (IAP). Houve em 1966 a extinção do IAP, restando somente o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Em 1976 houve a Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS) pelo Decreto 77.077, de 24 de janeiro do referido ano. Um ano depois, estabeleceu uma importante norma concernente à organização administrativa da previdência, a Lei de nº 6.439 de 1º de setembro de 1977, que criou o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS) com a orientação e coordenação do Ministério de Previdência e Assistência Social (MPAS), tal norma também criou o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) e o Instituto de Administração Financeira da Previdência Social (IAPAS). Essa importante lei foi de uma complexidade enorme, pois também cuidou de integrar ao SINPAS a Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA), a Empresa Brasileira de Processamento de Dados (DATAPREV) a Fundação do Bem Estar do Menor (FUNABEM) e a Central de Medicamentos (CEME). Ainda em 1977 foi criada a Previdência Complementar, regulamentada no ano seguinte pelo Decreto de nº 81.240/78 de 15 janeiro de 1978.

Em 1990, o IAPAS e o INPS fundiram-se para a criação do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), através do Decreto 99.350 de 27 de julho de 1990. Essa autarquia federal subsistia com a finalidade de arrecadar, fiscalizar e cobrar as contribuições sociais incidentes em cima da folha de salários e demais receitas a ela vinculada, bem como conceder e manter os benefícios e serviços previdenciários. Com a Lei nº 11.457 de 16 de março de 2007, no qual dividiu os serviços do INSS, ou seja, estabeleceu que toda arrecadação previdenciária fica a cargo da Receita Federal do Brasil, restando ao INSS simplesmente com a função de administrar e conceder os benefícios previdenciários. Esta Lei entrou em vigor a partir de 02 de maio do mesmo ano.

1.2 PREVIDÊNCIA PRÓPRIA NO BRASIL

A Previdência no Serviço Público ficou regulamentada pela Lei 9.717/98, de 27 de novembro de 1998, onde estabeleceu regras para os regimes próprios de previdência dos servidores da União, dos Estados e dos Municípios quanto a organização e funcionamento, determinando sanções quanto ao descumprimento da referida Lei. Obrigando os gestores dos Regimes Próprios que lhe fosse preservado o equilíbrio financeiro e atuarial, medida esta, que visa a prevenção de um desastre econômico. Do contrario, uma gestão mal administrada poderá chegar a onerar o ente drasticamente, como também inviabilizar os pagamentos dos benefícios futuros, ficando o Município com a responsabilidade de cobrir os benefícios concedidos aos segurados do Instituto Próprio. O artigo 40² da Constituição Federal com redação dada pela EC 20 de 15 de dezembro de 1998 estabelece:

Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Conforme o Ministério da Previdência, no Brasil existem cerca de 2.000 Regimes Próprios de Previdência que atualmente são supervisionados por ele. Este levantamento foi feito considerando as esferas Federal, Estadual e Municipal, que se utiliza de ferramentas na grande rede (internet), de modo a verificar de forma eficiente se os entes estão realmente cumprindo com as determinações a eles impostas.

Um instrumento utilizado pelo MPAS como forma de fazer com que as obrigações sejam cumpridas é o Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP) que tem validade de 06 meses, no qual só é expedida se o Ente estiver regular com alguns itens como: avaliação atuarial, legislação, demonstrativos financeiro, contábil, previdenciário e atuarial, comprovação dos repasses, política de investimentos que deve ser elaborada anualmente, dentre outros critérios, que os descumprindo o Município passa a ficar em caráter irregular, não podendo: realizar transferências voluntárias de recursos pela União, celebrar acordos, contrato ou convenio, repassar valores devidos em razão da compensação previdenciária, nem celebrar empréstimos e financiamentos em instituições financeiras federais.

² BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com alteração adotadas pelas Emendas Constitucionais n°s 1/1992 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais 1 a 6/94*. Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

Com relação ao papel do Certificado de Regularidade Previdenciária – CRP, a Coordenadora Geral de Normatização e Acompanhamento Legal do Departamento de Regime de Previdência do Serviço Público (CGNAL/DRPSP), em entrevista concedida a Revista Regime Próprio de Previdência Social, MARCO³, afirma que:

O CRP tem um papel relevante nas implementações das legislações que tratam as regras gerais para a organização e o funcionamento dos RPPS. O Certificado ajuda a convencer os gestores estaduais e municipais sobre a importância de manter a previdência com o equilíbrio financeiro e atuarial.

Por meio da Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003, mais conhecida como a Reforma Previdenciária Brasileira, os repasses das contribuições previdenciárias às Unidades Gestoras ganharam mais importância, como também foram mantidas as exigências em definir quem são os contribuintes e a alíquota mínima de contribuição para os servidores. Ainda em 2003 foi criado o Demonstrativo do Resultado da Avaliação Atuarial (DRAA), como meio de acompanhar os cumprimentos das metas que são impostas anualmente pelo atuário.

Com a medida de regularização para a emissão do CRP, o MPAS ganhou mais poder para fiscalizar e controlar as ações dos gestores frente aos regimes próprios, no qual fora criado mecanismos para regulamentar os atos dos gestores de previdência própria no Brasil.

1.3 GESTÃO PÚBLICA

A gestão pública no Brasil é dependente de diversos ditames legais, uma vez que em sua essência, destaca-se o princípio da legalidade. Por esse princípio, Meirelles⁴ ressalta:

O administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal.

3 MARCO, Zanita de. CRP Certificado de Regularidade Assegura Pagamento. *Revista Regime Próprio de Previdência Social*, Brasília –DF, p. 21. nov. 2008.

4 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 85.

A gestão pública visa a melhoria de qualidade dos serviços públicos quando esta está focada em resultados e estes para os cidadãos. Portanto, é a melhor interação entre recursos – ação – resultados.

A correta aplicação dos recursos públicos impõe ao Governante a tarefa de planejar atos futuros valorizando as normas a ele imposta, pois é o instrumento com o qual se decide quais são os investimentos prioritários para um projeto consistente de desenvolvimento.

Nesse sentido, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) veio reforçar os mecanismos de controle e transparência e, ainda aperfeiçoar o processo de planejamento no país.

Contudo, gestão é a destreza de fazer o que realmente deve ser feito, no sentido de planejar, organizar, dirigir, coordenar e controlar.

1.3.1 GESTÃO DE RECURSOS FINANCEIROS

A gestão de recursos do Regime Próprio, é uma atividade que requer um certo tipo de especialização técnica, até mesmo de conhecimentos a respeito das várias modalidades de negócios oferecido pelo mercado e sobre os mecanismos utilizados na avaliação de risco e rentabilidade, uma vez que seus objetivos é obter o máximo de retorno ao menor risco, visando garantir a liquidez e solvência, de modo a salvaguardar as hipóteses atuárias.

Um ponto bastante relevante a ser resolvido pelo responsável do Regime Próprio é a maneira pela qual se fará a gestão dos recursos. Existem duas formas de gerir tais recursos:

- Por administração própria – acontece quando as decisões relativas aos investimentos, são realizadas pela própria entidade gestora do RPPS, através do próprio pessoal técnico especializado.
- Por terceirização da gestão – acontece por meio de empresas especializadas em administrar recursos. Referente a terceirização de gestão de recursos, o Conselho Monetário Nacional, ordena a obrigatoriedade de contratação de instituições administradora em certos investimentos, a não ser que o Regime Próprio deseje realizar outras aplicações permitidas como poupança simples ou a emissão de títulos do Tesouro Nacional que é o caso do Município de Santa Helena.

1.4 EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL

A implantação e a administração dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) são facultadas aos entes federativos como uma das formas de previdência no serviço público. A criação destes

regimes envolve a complexa gestão previdenciária. Os gestores de recursos de RPPS têm como desafio propor uma política de gestão de recursos centrada na otimização e melhoramento constante das rotinas com o cumprimento da meta atuarial. Tais medidas são, na maioria das vezes, de racionalização de processos administrativos; atualização cadastral permanente e de revisão e auditoria nos benefícios concedidos, não somente nos processos, mas também na folha de pagamento de benefícios. Não obstante, torna-se fundamental estabelecer uma forma de financiamento que propicie equilíbrio financeiro e atuarial, capaz de acumular rigorosamente as reservas necessárias para pagar as aposentadorias prometidas.

Para se manter o equilíbrio financeiro e atuarial é imprescindível que o regime próprio mantenha um fundo previdenciário que capitalize as sobras de caixa atuais que garantirão o pagamento de benefícios futuros. Neste sentido, o que se pretende é a segurança de uma previdência consistente como garantia de uma vida digna para os servidores públicos, observando a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário municipal.

Um dos instrumentos utilizados pelo Ministério da Previdência como forma de garantir o cumprimento das normas é o Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP), para sua emissão um dos critérios é a elaboração de avaliações atuariais.

2 METODOLOGIA DA PESQUISA

O método utilizado foi o dedutivo de abordagem, por meio do qual se partiu de proposições gerais sobre a Previdência Social no Brasil e do histórico de implantação do Instituto Próprio de Previdência no Município de Santa Helena até chegarmos à análise da gestão dos recursos em 2010.

Quanto aos fins é uma pesquisa descritiva, visto que, foram analisados os principais atos da gestão, de forma a certificar-se dos cumprimentos das normas legais concernentes ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS).

Quanto aos meios é denotada uma pesquisa bibliográfica e documental. Bibliográfica, porque foi preciso fazer uma revisão literária sobre o tema, através de livros, artigos, leis, decretos; com a finalidade de compor a linha de raciocínio para a fundamentação teórica da pesquisa. Documental porque se analisou balancetes, folhas de pagamentos, comprovantes de repasses, dentre outros documentos do Instituto Próprio de Santa Helena. O tratamento dos dados fora realizado com

a técnica de “Análise Documental”, uma vez que esta técnica permite através de documentos, obter melhor entendimento e análise do problema. Conforme Michel⁵ define:

Análise Documental é uma observação indireta que significa consulta a documentos, registros pertinentes ou não ao objeto de pesquisa estudado, para fins de coletar informações úteis para o entendimento e análise do problema.

Neste sentido, através da pesquisa documental realizada em toda documentação fornecida pelo referido órgão, foi possível fazer um levantamento preciso quanto às contribuições previdenciárias devidas e não repassadas comparando o valor a ser repassado através da aplicação das alíquotas em cima da base de calculo das folhas de pagamento com o valor dos repasses efetivamente realizados no ano de 2010.

3 DESENVOLVIMENTO E ANALISE DOS DADOS

3.1 BREVE HISTÓRICO DO MUNICÍPIO DE SANTA HELENA – PB

Através do acervo bibliográfico do município, foi possível conhecer a origem do Município de Santa Helena, no qual se originou a partir da construção de uma via férrea na época muito utilizada no transporte de passageiros, porém hoje, funciona apenas para transportar cargas e encomendas de Fortaleza a Recife. Houve a necessidade de um acampamento para os trabalhadores desta ferrovia, daí foram construindo residências para o pessoal que vinha fazer manutenções, até mesmo servia como estação.

Pela grande produção de feijão, o povoado ficou conhecido como “Canto do Feijão”. Na década de 30, um dos moradores fez uma doação de terra para a construção de uma capela, a qual hoje é a capela da Matriz que tem como padroeira a Santa Helena. Em 1957 foi criado o Distrito de Santa Helena, pertencente ao Município de São João do Rio do Peixe, antiga Antenor Navarro.

Com o advento da Lei Estadual 2.616 de 12 de dezembro de 1961, o distrito de Santa Helena passou a cidade e conforme o censo do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) realizado em 2010, o Município conta hoje com 5.369 habitantes, sendo 2.743 homens e 2.626 mulheres.

5 MICHEL, Maria Helena. *Metodologia e Pesquisa Científica em Ciências Sociais*: Um guia prático para Acompanhamento da Disciplina e Elaboração de Trabalhos Monográficos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 65.

Santa Helena está localizada no extremo Oeste do Estado da Paraíba, com uma área de 210 Km². Com uma distância de 511 km da capital, limitando ao sul e ao leste com o município de São João do Rio do Peixe e Cajazeiras, ao Norte com Triunfo, ao Oeste com Baixo – CE.

3.2 A CRIAÇÃO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO DE SANTA HELENA – PB

O RPPS do Município foi instituído pelo decreto nº 01 de 10 de janeiro de 1994, embora tenha sido regulamentado pela Lei Municipal 272, de 15 de setembro de 1993, essa inversão de datas, aconteceu porque a referida Lei não englobava todas as modalidades de aposentadorias previstas no artigo 40 da CF/88.

O IPAM constitui-se de pessoa jurídica de direito público e natureza autárquica. Sua organização administrativa é composta por: um Conselho Municipal de Previdência, órgão superior de deliberação colegiada, composto por: dois representantes do Poder Executivo, um do Poder Legislativo, um representante dos servidores ativos e outro dos inativos e pensionistas, como também de uma Diretoria Executiva composta por um Diretor Geral, um Diretor Administrativo-financeiro e um Diretor de Benefícios.

Hoje o IPAM conta com duas fontes arrecadadoras: Prefeitura Municipal e Câmara Municipal de Santa Helena.

3.3 REPASSES DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

3.3.1 APURAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DA CÂMARA MUNICIPAL AO RPPS

No IPAM as alíquotas aplicadas à base de cálculo são 19% relativa ao Ente e 11% relativa ao servidor conforme a Lei 493 de 01 de novembro de 2006, ainda em vigor. Essa lei também estabeleceu que os aposentados e pensionistas contribuíssem caso seus benefícios/proventos excedessem o teto máximo para os benefícios do RGPS. O teto máximo de contribuição para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) em 2010 foi o seguinte: de 01/01/2010 a 15/06/2010 no valor de R\$ 3.416,24 e de 16/06/2010 a 31/12/2010 no valor de R\$ 3.467,40. Após analisar os benefícios concedidos, constatou-se a isenção de contribuição, por não excederem estes limites.

Em verificação aos resumos das folhas de pagamentos dos servidores efetivos da Câmara Municipal do ano de 2010, comprovou

que houve o repasse parcial das contribuições previdenciárias, ou seja, o ente repassou integralmente ao IPAM, as contribuições devidas ao RPPS do período de março ao 13º salário de 2010. Todavia, os repasses dos meses de janeiro e fevereiro do ano em análise foram repassados ao INSS de forma equívoca, conforme quadro abaixo:

QUADRO 01: DEMONSTRAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES DA CÂMARA MUNICIPAL PENDENTES A REGULARIZAR.

Fonte: Dados extraídos das folhas de pagamentos dos servidores efetivos da Câmara Municipal de Santa Helena.

COMPETÊNCIA	FOLHA PAGAMENTO	CONTRIB. DEVIDAS		CONTRIB. REPASSADAS			DIFERENÇAS
		SERVIDOR (R\$)	PATRONAL (R\$)	SALARIO FAMILIA (R\$)	SERVIDOR (R\$)	PATRONAL (R\$)	
Jan/ 10	2.989,98	328,90	568,10	30,60	328,90	568,10	897,00
fev/ 10	2.989,98	328,90	568,10	40,80	328,90	568,10	897,00

2.3.2 APURAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA HELENA AO IPAM.

Para analisar as contribuições devidas da Prefeitura utilizamos o mesmo método. Ao apurar as guias de recolhimentos, constatou-se que não foram repassadas integralmente as contribuições previdenciárias ao IPAM. O quadro abaixo mostra como foram feitos os repasses de 2010.

**QUADRO 02: DEMONSTRAÇÃO DOS REPASSES DA PREFEITURA
MUNICIPAL AO RPPS EM 2010**

COMPE- TÊNCIA	FOLHA DE PAGAMENTO (R\$)	CONTRIB. DEVIDAS (R\$)		CONTRIBUIÇÕES REPASSADAS (R\$)		DIFERENÇAS DAS CONTRIBUIÇÕES (R\$)		DEDUÇÕES DOS REPASSES (R\$)	PENDEN- TES A REGULARI- ZAR (R\$)
	BASE DE CALCULO	ENTE	SERVIDOR	ENTE	SERVIDOR	ENTE	SERVIDOR	DEDUÇÕES	TOTAL
jan/10	48.151,34	9.148,75	5.296,65	9.198,59	4.696,61	49,84	600,04	550,20	0,00
fev/10	55.418,28	10.529,47	6.096,01	9.929,47	6.270,50	(600,00)	(174,49)	393,30	(32,21)
mar/10	61.364,76	11.659,30	6.750,12	11.516,61	6.366,04	(142,69)	384,08	393,30	(133,47)
abr/10	166.177,71	31.573,76	18.279,55	17.311,19	17.395,58	(14.262,57)	883,97	936,60	(14.209,94)
mai/10	169.321,12	32.171,01	18.625,32	47.176,77	17.141,23	15.005,76	1.484,09	754,80	14.276,47
jun/10	206.798,38	39.291,69	22.747,82	39.291,69	21.860,42	0,00	887,40	887,40	(0,00)
jul/10	216.068,70	41.053,05	23.767,56	41.045,02	21.796,04	(8,03)	1.971,52	1.971,60	(7,95)
ago/10	222.362,01	42.248,78	24.459,82	37.694,20	22.091,70	(4.554,58)	2.368,12	2.368,20	(4.554,50)
set/10	221.318,55	42.050,52	24.345,04	42.050,53	18.811,58	0,01	5.533,46	5.533,46	0,01
out/10	221.929,21	42.166,55	24.412,21	42.166,56	20.456,27	0,01	3.955,94	3.955,93	(0,00)
nov/10	223.417,97	42.449,41	24.575,98	42.196,21	23.792,35	(253,20)	783,63	3.308,40	2.271,57
dez/10	217.050,53	41.239,60	23.875,56	41.240,10	11.260,52	0,50	12.615,04	3.133,20	(9.481,34)
13/2010	198.297,65	37.676,55	21.812,74	37.676,55	21.813,26	0,00	(0,52)	0,00	0,52
TOTAL	2.227.676,21	423.258,48	245.044,38	418.493,49	213.752,10	(4.764,95)	31.292,28	24.186,39	(11.870,84)

Fonte: Dados extraídos da apuração de folhas de pagamentos e comprovantes de repasses do ano de 2010.

É possível observar, na coluna em negrito das diferenças das contribuições, houve meses com pagamentos a maior, entretanto, a prefeitura municipal continuou em débito com as contribuições previdenciárias relativo a 2010, pois as contribuições devidas superaram as contribuições repassadas. Fato comprovado através do levantamento feito nos resumos das folhas de pagamento, extratos bancários e comprovantes de repasses. Através do quadro abaixo extraído da notificação de auditoria do MPAS, entende-se melhor a possibilidade de ajuste destes valores.

QUADRO 03: CONSOLIDAÇÃO POR COMPETÊNCIA DAS PENDÊNCIAS A REGULARIZAR

CONSOLIDAÇÃO FINAL DÉBITO DO ENTE (PREFEITURA)		
COMPETENCIA	VALOR (R\$)	OBSERVAÇÕES
MAIO/2010	99,17	FEV/2010 A MAIO/2010
NOVEMBRO/2010	2.290,88	JULHO/2010 A NOVEMBRO/2010
DEZEMBRO/2010	9.480,82	
TOTAL	11.870,87	

Fonte: Notificação de Auditoria Fiscal nº 076/2011 – emitida pelo MPAS em 15-04-2011.

É possível ver que os valores foram consolidados priorizando a competência. Dessa forma, os meses de fevereiro a maio, foram apropriados no mês de maio e os meses de julho a novembro foram ajustados no mês de novembro. Viabilizando assim um consenso entre crédito e débito previdenciário.

3.4 UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS COM DESPESA ADMINISTRATIVA

De acordo com Jurista Ferreira⁶ em seu brilhante artigo define as despesas administrativas como:

As despesas administrativas são aquelas necessárias ao funcionamento do Regime Próprio de Previdência Social, seja com telefone, água, energia, aluguel, materiais de expediente, vencimentos de servidores da unidade gestora e os respectivos encargos tributários, trabalhistas etc, e ainda com a contratação de serviços como o de contabilidade e de assessorias, sendo que toda a legislação que rege o Regime Próprio de Previdência Social veda o desvio de finalidade dos recursos previdenciários.

A Portaria MPS nº402/2008, em seu artigo 15, estabelece o limite para a taxa de administração em até 2% (dois por cento) do valor da remuneração dos servidores ativos, inativos e pensionistas dos segurados vinculados ao RPPS, referente ao exercício financeiro anterior.

6 FERREIRA, Mauro André Branquinho. Taxa de administração do RPPS e responsabilidade do gestor. *Revista Jus Vigilantibus*, Teresina, ano 14, n. 2452, 2005. p. 19..

Após levantamento feito nos resumos de folhas de pagamentos e balancetes de despesas da Prefeitura, da Câmara, bem como do Instituto Próprio, comparando com o levantamento feito pela auditoria do MPAS, constatou-se que o valor que poderia ou não ser utilizados com gastos administrativos no ano de 2010 seria de R\$ 16.962,60 (dezesesseis mil, novecentos e sessenta e dois reais e sessenta centavos), entretanto, o gasto com tais despesas foi na quantia de R\$ 53.395,00, excedendo assim R\$ 36.702,40 (trinta e seis mil, setecentos e dois reais e quarenta centavos) que transformado estes valores em percentuais, fica comprovado que o limite legal de 2% passou para 6,40%. Quanto a esse aspecto Ferreira⁷ assevera que:

Sabendo que há limites para o gasto com a despesa administrativa, eventual gasto superior ao legalmente fixado significa utilização indevida dos recursos previdenciários, fato que sujeita os responsáveis pela ordenação da despesa aos regimes repressivos legalmente previstos, conforme o artigo 8º da Lei Federal nº 9.717/98.

O Tribunal de Contas é o órgão que julga os atos praticados pelo gestor, imputando a ele todas as sanções cabíveis. O Ministério da Previdência Social audita o Instituto para assegurar-se dos atos da gestão, desta forma inviabilizando o Gestor de incorrer-se em atos ilícitos.

3.5 POSICIONAMENTO DAS ENTIDADES QUANTO AS IRREGULARIDADES

Na intenção de regularizar as pendências referentes às contribuições previdenciárias, foi aprovada a Lei 597/2011 de 23 de maio de 2011, que dispõe sobre o parcelamento de débito previdenciário do Município, tanto da Prefeitura Municipal e quanto da Câmara Municipal. Ambos assinaram um acordo de parcelamento junto ao IPAM.

Em mensagem à Casa Legislativa, como explicação para o excedente da taxa administrativa, a Diretoria do IPAM justificou a queda da arrecadação de anos anteriores em virtude da anulação do concurso público, ou seja, da demissão em massa dos servidores efetivos daquele Município. Ficando inevitáveis tais despesas para o bom funcionamento do Instituto Próprio. Ainda nesta mensagem, enfatizou o concurso público realizado no final de 2009, já mostrando o aumento significativo da arrecadação em 2010, para o cálculo da taxa administrativa de 2011.

7 FERREIRA, op. cit., p. 21..

3.6 INVESTIMENTOS E APLICAÇÕES

Conforme a Resolução CMN⁸ n° 3.506 de 26 de outubro de 2007, no qual estabelece que os recursos dos regimes próprios de previdência social instituídos nos termos da Lei 9.717/98, devem ser aplicados de forma a assegurar rentabilidade, solvência, liquidez e transparência. No artigo 29 dessa resolução diz: “Cabe ao Ministério da Previdência orientar, acompanhar, supervisionar e controlar as aplicações dos recursos dos RPPS”. Nesse sentido, obriga os responsáveis pela gestão dos recursos a elaborar uma política de investimentos dos recursos aplicados, apontando o risco/retorno e liquidez, e ainda que tal política seja revista e aprovada pelo órgão superior de supervisão e deliberação que no caso de Santa Helena é o Conselho de Previdência Municipal (CPM). Devendo após sua aprovação, ser encaminhado o demonstrativo dessa política de investimentos ao Ministério da Previdência, apontando os limites de aplicação, a rentabilidade, o banco gestor das aplicações, a data da aprovação e assinatura do gestor responsável pelo IPAM.

Os investimentos do IPAM são geridos pelos Fundos de Investimentos de Renda Fixa da Caixa Econômica e do Banco do Brasil no qual a lei permite que seja alocado até 100% dos recursos arrecadados pelo Regime Próprio. Nossa pesquisa foi justamente referente o ano de 2010, quando em dezembro o Instituto contava exatamente com aplicação total dos recursos, no valor de R\$ 866.787,90 (oitocentos e sessenta e seis mil, setecentos e oitenta e sete reais e noventa centavos) compreendendo assim o valor de R\$ 394.147,46 (trezentos e noventa e quatro mil, centos e quarenta e sete reais e quarenta e seis centavos) aplicados na Caixa Econômica Federal e o valor de R\$ 472.640,44 (quatrocentos e setenta e dois mil, seiscentos e quarenta reais e quarenta e quatro centavos) aplicados no Banco do Brasil. Em análise às aplicações, pode-se dizer que as mesmas estão em conformidade com as normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. E que o crescente aumento destas, se deram por conta do concurso público municipal que efetivou mais de setenta servidores só em 2010.

3.7 EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO RPPS

A Constituição Federal de 1988 no caput do seu artigo 40 estabelece que os regimes próprios devam ser estruturados segundo o critério do equilíbrio financeiro e atuarial. O equilíbrio financeiro visa à garantia de

8 NACIONAL, Conselho Monetário. Resolução n° 3.506, de 26 de outubro de 2007. Dispõe sobre as aplicações dos recursos dos Regimes Próprios de Previdência Social, instituídos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. *Diário Oficial da União*, 2007.

que as receitas previdenciárias cobrirão as despesas previdenciárias, para um exercício financeiro. Já o equilíbrio atuarial é a equivalência, entre o fluxo das receitas estimadas e das obrigações projetadas, apuradas atuarialmente para longo prazo.

No Município de Santa Helena, segundo o cálculo atuarial referente ao ano de 2010, o atuário levantou a alíquota do qual totalizou 30%, ou seja, desde 2006 continua a mesma alíquota. Sendo 19% patronal e 11% segurado. É preciso que sejam cumpridas todas as normas pertinentes a contribuições previdenciárias, tendo em vista que os pagamentos dos benefícios dependem somente da arrecadação que são feitas em cima das remunerações pagas aos servidores públicos efetivos municipais, sejam eles da prefeitura ou da câmara municipal. No propósito de impossibilitar que aconteça uma má gestão dos recursos públicos, no qual a lei assegura que tais recursos devam em sua totalidade ser aplicados em fundos de investimentos.

3.8 A TRANSPARÊNCIA NA GESTÃO DO IPAM DE SANTA HELENA-PB

Além de ser condição necessária para que os cidadãos possam exercer efetivamente o controle social, a promoção da transparência pública pode evitar atos indevidos e arbitrários por parte dos governantes e dos administradores públicos.

Segundo a presidente da Unidade Gestora a Sra. Augusta Eugenia Silva Bezerra relatou que é crescente interesse dos segurados, nas informações pertinentes ao Instituto Próprio. Diante disso, o IPAM vem criando mecanismos visando garantir a transparência dos seus atos, ampliando o acesso do cidadão às informações públicas é que o Instituto dispõe de uma assessoria semanal para tirar as dúvidas e esclarecer os assuntos quanto à administração, efetuando um importante passo na direção de maior transparência e publicidade. Incentivando o segurado ser um fiscal da correta aplicação dos recursos públicos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos elementos verificados e analisados, foi possível ver que o RPPS de Santa Helena no ano de 2010 não cumpriu na sua totalidade os critérios e exigência estabelecidos em lei pelo Ministério da Previdência Social. Quanto a disciplina da composição, organização e funcionamento do Regime Próprio, ficou constatado que o Conselho Municipal de Previdência cumpriu suas funções, como também os recursos arrecadados estarem aplicados em sua totalidade como preceitua a Lei. Porém, o

Instituto Próprio vive numa constante busca para regularizar-se perante o Ministério de Previdência Social, uma vez que tal irregularidade impede o Município de celebrar convênios e contratos no âmbito federal. É possível destacar algumas das irregularidades como a utilização indevida da taxa administrativa, a falta de repasse das contribuições previdenciárias. Quanto tais irregularidades, o Município negociou através do projeto de Lei aprovado pela casa legislativa autorizando o Município a parcelar a dívida com o IPAM. Foi possível observar também o aumento das aplicações no ano de 2010, fato ocorrido em virtude da convocação dos aprovados no concurso realizado no finalzinho de 2009, de maneira a aumentar também o valor a ser utilizado com despesas administrativas para o ano de 2011, já que conforme estudo, comprovou que a taxa administrativa foi ultrapassada de 2% para 6,4% em 2010.

Por fim, com tanta notícias referente à transparência pública, os cidadãos de modo geral, tem o privilégio em ter acesso a toda documentação pertinentes aos atos da gestão no próprio Instituto, bem como tirar alguma dúvida caso necessite. Isso porque mensalmente é encaminhado a Casa Legislativa uma cópia do balancete analítico, para assim, os representantes do povo dar ciência da prestação de contas realizadas pelo responsável do Instituto Próprio.

Conclui-se que o estudo desenvolvido não propõe elucidar todos os aspectos envolvidos em tão complexa questão social e econômica que é o RPPS, mas na junção com outros trabalhos tornar-se-á capaz de oferecer mais conhecimentos acerca de previdência no Brasil e em especial aquele destinado aos servidores públicos, precisamente o Regime Próprio de Previdência de Santa Helena.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Decreto 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Dispõe sobre a criação de Caixas de aposentadorias e pensões para empregados do setor privado de estrada ferroviária e dá outras providências. Diário Oficial da Federação, *Lex Coletânea de Legislação e Jurisprudência*, São Paulo, 1923. Legislação Federal e marginalia.

_____, Consolidação das Leis da Previdência Social. Decreto 77.077 de 24 de janeiro de 1976. Aprova a consolidação das leis da previdência social. Edição federal, *Lex Coletânea de Legislação e Jurisprudência*, São Paulo, 1976. Legislação Federal e marginalia.

_____, Lei 6.439, de 01 de setembro de 1977. Estabelece a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, do Instituto Nacional de Assistência Médica e do Instituto de Administração Financeira e da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1977. *Legislação Federal e marginalia*.

_____, Decreto 81.240, de 15 de janeiro de 1978. Dispõe sobre a regulamentação da lei 6.435 de 15 de julho de 1977 que dispõe sobre a criação da Previdência Complementar no Brasil e dá outras providências, *Lex Coletânea de Legislação e Jurisprudência*. São Paulo, 1978. *Legislação Federal e marginalia*.

_____, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com alteração adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/1992 a 53/2006 e pelas *Emendas Constitucionais 1 a 6/94*. Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

_____, Decreto 99.350, de 27 de julho de 1990. Dispõe sobre a fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência Social e o Instituto Nacional de Previdência Social, para a criação do Instituto Nacional da Seguridade Social e dá outras providências. São Paulo, 1990. *Legislação Federal e marginalia*.

_____, Lei 9.717, de 27 de novembro de 1998, conversão da Medida Provisória nº 1.723, de 29/10/1998. Estabelece sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. São Paulo, 1998. *Legislação Federal e marginalia*.

_____, Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. *Diário Oficial da União*, 2000.

_____, Constituição (1988). Emenda constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os artigos 37,40,42,48,96 da Constituição Federal, revoga os dispositivos da Emenda constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1988 e dá outras providências. Brasília, 2003. *Legislação Federal e marginalia*.

_____, Lei 11.457, de 16 de março de 2007. Estabelece a arrecadação previdenciária para Receita Federal do Brasil e ao Instituto Nacional

da Seguridade Social a função de administrar e conceder os benefícios previdenciários e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 2007.

_____, Ministério da Previdência. Portaria nº 402, de 10 de dezembro de 2008. Disciplina os parâmetros e as diretrizes gerais para organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social do servidor público ocupante de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em cumprimento das Leis nº 9.717, de 1998 e nº 10.887, de 2004. *Diário Oficial da União*, 2008.

FERREIRA, Mauro André Branquinho. Taxa de administração do RPPS e responsabilidade do gestor. *Revista Jus Vigilantibus*, Teresina, ano 14, n. 2452. 2005.

IBGE. Histórico das Cidades. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/cidadesat/topwindow.htm?1>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

MARCO, Zanita de. CRP Certificado de Regularidade Assegura Pagamento. *Revista Regime Próprio de Previdência Social*, Brasília –DF, p. 21, nov. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MICHEL, Maria Helena. *Metodologia e Pesquisa Científica em Ciências Sociais: um guia prático para acompanhamento da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NACIONAL, Conselho Monetário. Resolução nº 3.506, de 26 de outubro de 2007. Dispõe sobre as aplicações dos recursos dos Regimes Próprios de Previdência Social, instituídos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. *Diário Oficial da União*, 2007.

PARAÍBA. Lei nº 2.616, de 12 de dezembro de 1961. Dispõe sobre a elevação de distrito para cidade através do desmembramento com o Município de São João do Rio do Peixe e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*, 1961.

SANTA HELENA, Lei Municipal 272/1993, de 15 de setembro de 1993. Institui o Regime Próprio de Previdência de Santa Helena e dá outras providências. *Diário Oficial do Município*, Santa Helena, 1993.

_____, Lei Municipal 493, de 07 de dezembro de 2006. Estabelece as alíquotas de contribuição previdenciária e dá outras providências. Diário Oficial do Município, 2006.

_____, Lei Municipal 597, de 23 de maio de 2011. Autoriza o Município a parcelar a dívida previdenciária com o Instituto de Previdência Assistência Municipal e dá outras providências Diário Oficial do Município. 2011.

VALE, Carlos Alberto do Nascimento. Procedimentos de auditoria Publica. João Pessoa-PB: Universitária – UFCG, 2001.

PRÁTICAS COLABORATIVAS NA ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE JUSTIÇA NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER¹

*COLLABORATIVE PRACTICES IN DOMESTIC AND FAMILIAR VIOLENCE
AGAINST WOMAN AGENCIES OF JUSTICE*

Jaqueline Barbosa Pinto Silva

*Graduada em Direito pela Universidade de Brasília, em 2011,
e Servidora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios desde 2008*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos fáticos e normativos da violência doméstica e familiar contra a mulher; 2 A atuação dos órgãos de justiça na aplicação da Lei Maria da Penha e no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher: sucessos e desafios; 3 A justiça colaborativa; 4 Considerações finais; Referências

¹ Este estudo consubstancia parte do Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado em julho de 2011, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação do professor André Felipe Gomma Azevedo.

RESUMO: O presente trabalho visa traçar um panorama da atuação dos órgãos de justiça brasileiros no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como destacar possibilidades de práticas colaborativas que possam ser úteis aos desafios que se apresentam. Embora a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, haja sido uma importante vitória no Brasil, considerada pela ONU uma das três melhores legislações do mundo na área da violência contra a mulher, o nível de satisfação das expectativas e de confiança no poder público pelas mulheres nessa situação ainda é relativamente baixo. O problema da violência doméstica e familiar contra as mulheres parece ser mais complexo e mais amplo, razão por que se torna imprescindível esclarecer se os órgãos de justiça vêm eficientemente cumprindo a Lei em sua integralidade como lhes foi incumbido e investigar práticas colaborativas que se mostram tendentes a propiciar melhores resultados, garantindo o direito de acesso à justiça às mulheres envolvidas em situação de violência doméstica e familiar e lhes oferecendo, no âmbito público, respostas adequadas às suas necessidades e interesses, a fim de construir valores de gênero mais próximos dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica e familiar contra a mulher. eficácia da Lei Maria da Penha. eficiência dos órgãos de justiça. justiça colaborativa

ABSTRACT: This paper provides an overview of the performance of the Brazilian justice system in facing with domestic violence against women. In addition it presents possibilities of collaborative practices that may be relevant to the challenges that the problem offers. The Brazilian Domestic Violence Act (Law n. 11.340/06, also known as Maria da Penha Law) was an important victory in Brazil, considered by the UN one of the three best violence against woman laws in the world. However, the level of satisfaction and confidence in public agencies by women in that situation is still relatively low. The problem of domestic violence against women seems to be more complex and larger, reason why it is essential to clarify if the justice system has effectively fulfilling the Law in its entirety as it was tasked to. Also it is crucial to investigate collaborative practices that afford better results, ensuring the right of access to justice for women involved in domestic and familiar violence and offering them public appropriate responsive to their needs and interests, in order to build gender values closer to the fundamentals of Democratic State of Law.

KEYWORDS: Domestic violence and violence against women. effectiveness of Maria da Penha Law. efficiency of the justice system. collaborative justice.

INTRODUÇÃO

Este artigo, aponta, como exemplo pioneiro de Gestão Pública, no âmbito do poder Judiciário, as práticas colaborativas na atuação dos órgãos de justiça no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher².

A Lei Maria da Penha, nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, aprovada por unanimidade no Congresso Nacional, simboliza não apenas a luta da biofarmacêutica que, em 1983, ficou paraplégica, por ter sido atingida por um tiro nas costas desferido pelo marido, Marco Antonio Herredia, e que, durante dezoito anos, permaneceu sem nenhuma resposta do Estado, mas representa o reconhecimento do Poder Público e da sociedade dos direitos das mulheres como direitos humanos e fundamentais cuja garantia têm consequências para toda a sociedade em seus mais variados setores, jurídicos, políticos, sociais, econômicos.

No entanto, prestes a completar cinco anos de vigência, pesquisas de opinião pública³ apontam que o impacto da nova legislação tem-se mostrado tímido. Embora boa parte da população tenha manifestado conhecimento da lei e o número de denúncias e processos haja aumentado, o nível de satisfação das expectativas e de confiança no poder público pelas mulheres nessa situação ainda é relativamente baixo. A violência doméstica e familiar contra a mulher ainda configura uma das maiores preocupações das mulheres brasileiras, que não encontram, na esfera pública, apoio ou motivo para nela procurar ajuda e resolver esse problema, mantendo a questão na esfera privada.

Diante dessa frustração geral, o poder público tem manifestado respostas variadas à sociedade, mas que se concentram em recomendações

2 A presente pesquisa insere-se no contexto dos estudos sobre inovações em gestão de conflitos desenvolvidos pelo Grupo de Pesquisa sobre Métodos Alternativos de Resolução Apropriada de Disputas, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (GTRAD).

3 Senado (2007); “Dois Anos da Lei Maria da Penha: o que Pensa a Sociedade”, realizada pelo IBOPE, em parceria com o Instituto Patrícia Galvão (2008); “Percepções sobre a Violência Doméstica contra a Mulher no Brasil”, realizado pelo IBOPE e o Instituto Avon, com planejamento e supervisão do Instituto Patrícia Galvão (2009); a Fundação Perseu Abramo, por meio de seu Núcleo de Opinião Pública, e em parceria com o SESC, repetiu a pesquisa “Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado” (2010); “Igualdade de Gênero”, promovida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em âmbito nacional (2010); “Mapa da Violência”, realizado pelo Instituto Sangari (WAISELFISZ, 2011).

de alterações legislativas⁴ e construções hermenêuticas, especialmente de caráter penal e processual penal, supondo que os tímidos resultados obtidos nas estatísticas das pesquisas de opinião pública estariam mais relacionados a falhas jurídicas da Lei Maria da Penha e de suas interpretações pelos órgãos de justiça⁵.

Completados cinco anos de aniversário, a Lei Maria da Penha, citada pela ONU em 2008 como uma das três melhores legislações do mundo na área da violência contra a mulher⁶, bem como o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra a Mulher, que recebeu o Prêmio “Inovação na Gestão Pública 2010”, conferido pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), são questionados em sua eficiência e legitimidade, pela seguinte pergunta: a Lei Maria da Penha tem sido devidamente aplicada em sua integralidade? Mais especificamente, indaga-se: como tem sido a atuação aos órgãos de justiça, haja vista o papel e a função estratégica que foram incumbidos por essa legislação, de implementação das *condições* necessárias para o exercício dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar e de aplicação de forma *articulada* do conjunto de medidas para enfrentamento do fenômeno?

São dois os objetivos do presente trabalho, quais sejam: a) traçar um breve panorama sobre a atuação dos órgãos de justiça na aplicação da Lei Maria da Penha e no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher; e b) apresentar as práticas colaborativas na atuação dos órgãos de justiça no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, possibilidades que têm se mostrado tendentes a propiciar resultados mais eficientes e amplos para as metas e objetivos propostos pelo Estado brasileiro nessa seara.

Para tanto, foi realizada pesquisa teórico-aplicada, dividida em três etapas. Na primeira, será contextualizada a violência doméstica e familiar contra a mulher, em seus aspectos fáticos e normativos, enfatizando a opinião pública antes e depois da promulgação da Lei

4 O Centro Feminista de Estudos e Assessoria para Enfrentamento à Violência contra as Mulheres (CFEMEA) relatou acompanhar 23 projetos em tramitação no Congresso Nacional sobre a questão. Notícia disponível em: <http://www.cfemea.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3510&catid=215&Itemid=149>. Acesso em: 3 abr. 2011.

5 Para efeito deste trabalho, foram considerados órgãos de justiça os órgãos que integram o Poder Judiciário (art. 92 da Constituição Federal) e os órgãos denominados parceiros do Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres cuja relação com o Poder Judiciário encontra-se mais fortalecida, quais sejam: o Ministério Público, as Defensorias Públicas e o Ministério da Justiça.

6 GOETZ, Anne Marie. *Progresso das Mulheres Do Mundo 2008/2009: Quem responde às mulheres? Gênero e responsabilização*. 2009. Disponível em: <http://www.unifem.org/progress/2008/media/POWW08_Report_Full_Text_pt.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2011.

Maria da Penha e expondo os pressupostos da análise, dentre os quais, o conceito doutrinário de eficiência do Direito Administrativo brasileiro, amparado na elaboração de Celso Antônio Bandeira de Mello⁷, bem como os critérios normativos de eficiência dos órgãos de justiça, cujas fontes se restringiram à legislação vigente sobre a matéria e às diretrizes de políticas públicas do Pacto Nacional para o Enfrentamento à Violência Doméstica Contra as Mulheres.

Observado esse quadro, na segunda etapa, será analisada a atuação dos órgãos de justiça na aplicação da Lei Maria da Penha e no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, mensurando sua eficiência e indicando seus desafios. A base de parâmetro desse exame consiste nas estatísticas e nos estudos pioneiros da Secretaria de Política para as Mulheres recentemente publicados em três documentos, que foram selecionados por terem produzido dados em âmbito nacional, bem como por possuírem caráter de oficialidade e de confiabilidade. Tais documentos são: “Balanço do Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres”⁸; Relatório Final da Pesquisa “Condições para aplicação da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMS) e nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar nas capitais e no Distrito Federal”⁹; e o Relatório da Pesquisa “Identificando entraves na articulação dos serviços de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar em cinco capitais”¹⁰.

Na terceira etapa, serão descritos, como possibilidades de aperfeiçoar o sistema brasileiro, os conceitos de justiça colaborativa

7 Segundo o doutrinador, a eficiência denota faceta do princípio da “boa administração”, que orienta que se desenvolva a atividade administrativa “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto” (MELLO, 2008, p. 122).

8 SPM – Secretaria de Políticas para Mulheres. *Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. (Enfrentamento à violência contra as mulheres ; v. 2). Brasília, Presidência das República/ Secretaria de Políticas para as Mulheres, Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, 2010. 52 p. Disponível em: <http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2010/PactoNacional_livro.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2011.

9 OBSERVE - Observatório da Lei Maria da Penha. *Condições para aplicação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMS) e nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar nas capitais e no Distrito Federal*. Relatório Final. Salvador: Observe, nov. 2010. 233 p. Disponível em: <http://www.observe.ufba.br/_ARQ/Juizados%20Viol%20Domestica.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2011.

10 OBSERVE - Observatório da Lei Maria da Penha. *Identificando entraves na articulação dos serviços de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar em cinco capitais*. Relatório Final. Salvador: Observe, mar. 2011. 84 p. Disponível em: <[http://www.observe.ufba.br/_ARQ/relatorio_final_redes%20\(1\).pdf](http://www.observe.ufba.br/_ARQ/relatorio_final_redes%20(1).pdf)>. Acesso em: 4. Abr. 2011.

(*collaborative justice*), prática ocorrente há mais de vinte anos nos Estados Unidos e em outros países do mundo que intentam complementar e modernizar a atuação dos órgãos de justiça em relação a problemas recorrentes, amplos e graves. A comparatística não possui o escopo de definir o melhor ou o pior padrão. Na medida em que se buscou instrumentos que possibilitam maior adequação das respostas do Estado às necessidades do seu jurisdicionado, inexistiu sentido indicar um molde descontextualizado da realidade brasileira. A intenção do paralelo é, tão somente, partindo das “perspectivas e idiossincrasias de nossos sistema jurídico e dos nossos desafios” e observando “as peculiaridades e problemas da temática em nosso país”¹¹, acrescentar mecanismos que possam contribuir para maior eficácia da Lei Maria da Penha e para a garantia dos direitos nela estabelecidos. Nessa última etapa, as fontes de pesquisa restringiram-se aos estudos sobre as varas especializadas de resolução de problemas relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher (*problem-solving/domestic violence courts*) produzidos pelo *Center for Court Innovation*, (CCI)¹².

Pensa-se que esta reflexão pode contribuir, diretamente, para o aprimoramento dos órgãos jurídicos em suas gestões referentes ao assunto da violência doméstica e familiar contra as mulheres; e, indiretamente, para o direito à igualdade de gênero e ao acesso à justiça.

1 ASPECTOS FÁTICOS E NORMATIVOS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A complexidade, a amplitude e a multidimensionalidade da violência doméstica e familiar contra as mulheres veio a ser internacionalmente reconhecida há poucos anos. O Relatório da Organização Mundial de Saúde (OMS), em 2002, divulgou estatísticas que permitiram afirmar a questão como um problema mundial de saúde pública: pelo menos uma em cada três mulheres no mundo era agredida, forçada a ter relações

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória”. Pp. 9-52. In: *Revista de Processo*, RePro 189, ano 35, nov. 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 13.

12 BERMAN, 2001; LABRIOLA et al, 2009; MOORE, 2009; PORTER et al, 2010, WOLF, 2007.

sexuais ou abusada, e, das vítimas de assassinato, 70% foram mortas pelos seus maridos ou parceiros¹³.

Em 2006, a Organização das Nações Unidas (ONU) classificou o fenômeno como pandemia e obstáculo para a afirmação dos direitos humanos e concretização do Estado Democrático de Direito, o que afetaria não somente as mulheres, mas a sociedade em geral, em seus mais variados âmbitos – sociais, econômicos, políticos e jurídicos (ONU, 2006). Esse fato foi demonstrado pela pesquisa realizada por Nicholas D. Kristof (2009), que concluiu que a pobreza de determinados países estava diretamente relacionada com a baixa educação e a violência cometida contra as meninas e mulheres, sendo esta o grande desafio a ser enfrentado no século XXI, da mesma forma que a escravidão o foram nos séculos XIX e XX.

Boaventura de Sousa Santos¹⁴ aponta que a gravidade e dificuldade histórica em lidar com o problema remonta à cultura patriarcal da sociedade, senso comum que alimenta a dominação sexual e o preconceito de considerar as mulheres seres cuja humanidade é problemática, mais perigosa ou menos capaz, quando comparada com a dos homens. Por essa razão, as práticas quotidianas das instituições e das relações sociais continuam a reproduzir a desigualdade, possuindo ainda uma “dimensão particularmente perversa: de criar a ideia na opinião pública de que as mulheres são oprimidas e, como tal, vítimas indefesas e silenciosas”.

“Em briga de marido e mulher não se mete a colher” não traduziu por tantos anos somente um ditado popular, mas uma norma estatal, resultando em atrocidades à integridade de toda ordem das mulheres, violentadas em seus próprios lares, em sua maior *intimidade*¹⁵, sem vislumbrarem oportunidade para denunciar ou pedir qualquer ajuda.

A violência doméstica e familiar contra as mulheres se mostrou, pois, como *causa e sintoma da opressão da mulher*¹⁶ e da negação de sua emancipação, dignidade e cidadania, e sua superação passou a ser

13 KRUG, Etienne G.; DAHLBERG, Linda L. ; MERCY, James A. ZWI, Anthony B; LOZANO, Rafael. *World report on violence and health*. Geneva, World Health Organization, 2002. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/cedoc/hpp/ml03/0329.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2011.

14 SANTOS, Boaventura de Sousa. As mulheres não são homens. Publicação eletrônica na coluna *Debate Aberto, Carta Maior*, em 9 mar. 2011. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=4984>. Acesso em: 24 mar. 2011.

15 A intimidade de que se trata faz referência ao fator subjetivo presente nas relações afetivas com parceiros amorosos e familiares, que mascara a discriminação patriarcal e consiste motivo para que tanto as mulheres tenham dificuldades em sair do ciclo da violência e tanto a sociedade tenha impedimentos para ajudar (BENLLOCH, 2005).

16 SANTOS, Boaventura de Sousa de. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 11.

condição inexorável não somente das transformações referentes à gênero e à segurança pública e de alcance restrito às mulheres, mas do desenvolvimento da sociedade em seus diversos âmbitos, com reflexos para todos, para a democracia dos países e para a defesa dos direitos humanos.

O Brasil, a partir da 1980, passou a assumir uma série de compromissos internacionais para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher¹⁷. Não obstante, em 2001, foi responsabilizado por negligência pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA), havendo recebido recomendações específicas do para sanar suas omissões à pelo Comitê da *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, da Organização das Nações Unidas (CEDAW/ONU).

Deveras, constatou-se no país um quadro fático preocupante: no mínimo uma mulher era espancada no Brasil a cada 15 segundos, segundo importante pesquisa de âmbito nacional realizada pela Fundação Perseu Abramo no ano de 2001¹⁸. Ainda, cerca de uma a cada cinco brasileiras declararam espontaneamente ter sofrido algum tipo de violência por algum homem; e quando estimuladas – pela citação de diferentes formas de agressão pelas entrevistadoras – o índice de violência alcançou a marca de 43%, quase metade da população feminina. Na grande maioria dos casos de violência, o ofensor era o marido ou parceiro (entre 53% e 70%), ou o ex-marido, o ex-companheiro e o ex-namorado, principalmente por motivo de ciúme ou em razão de influência do álcool – o alcoolismo ou estar alcoolizado no momento da agressão (ambas as razões mencionadas por 21% das mulheres).

O estudo ainda constatou que, em quase todos os casos de violência, mais da metade das mulheres não pedia ajuda. Somente em crimes considerados mais graves – como o espancamento com marcas, cortes ou fraturas ou ameaças com armas de fogo à própria mulher ou aos filhos (53% e 55%, respectivamente) –, pouco mais da metade das vítimas recorriam a alguém para socorro, geralmente outra mulher da família – mãe ou irmã, ou a alguma amiga próxima. A denúncia pública foi rara (na delegacia da Mulher, cerca de 5%).

17 Dentre os documentos internacionais subscritos, destacam-se: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – CEDAW, ratificada pelo Congresso Nacional em 1984; a Convenção Americana dos Direitos Humanos, em 1992; a Convenção de Belém do Pará, ratificada em 1995; e a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre as Mulheres, assinada pelo Brasil em 1995.

18 VENTURI, Gustavo; RECAMÁN, Marisol e OLIVEIRA, Suely de (orgs.). *A mulher brasileira nos espaços público e privado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

Essas informações foram ratificadas pela pesquisa “Violência Doméstica Contra a Mulher” promovida pela Subsecretaria de Pesquisa e Opinião Pública do Senado Federal¹⁹ e pelo estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), em parceria com o Instituto Patrícia Galvão e com apoio do UNIFEM: em 2003, a violência contra a mulher, dentro e fora de casa, era o problema que mais preocupava a brasileira.

Considerada essa conjuntura, e em atenção ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotado pela ONU em 1999, assinado pelo governo brasileiro em 2001, e com fundamento na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), e, ainda, nos art. 1º, inciso III, 3º, incisos I e IV, 5º, *caput* e inciso I, e 226, § 8º, da Constituição Federal (1988), foi criada, em 2003, a Secretaria de Políticas para as Mulheres, vinculada à Presidência da República (SPM/PR), com o objetivo de ampliar e integralizar as políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres para além da capacitação de profissionais da rede de atendimento às mulheres em situação de violência e a criação de serviços especializados.

Para tanto, esse órgão editou um conjunto de documentos, em especial o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, em 2004, que, por meio da definição de conceitos, diretrizes, normas de delineamento das ações e estratégias de gestão e monitoramento relativas à temática da violência contra as mulheres, a SPM/PR incluiu em suas metas a criação de normas e padrões de atendimento, o aperfeiçoamento da legislação, o incentivo à constituição de redes de serviços, o apoio a projetos educativos e culturais de prevenção à violência e a ampliação do acesso das mulheres à justiça e aos serviços de segurança pública.

Esse foi o contexto político e normativo que ensejou a elaboração do projeto de Lei nº 37/04, baseado em intenso e extenso trabalho e estudo de diversos órgãos públicos e setores da sociedade, e que viria a se tornar a Lei Maria da Penha.

Cumprir analisar como, nos últimos cinco anos, os órgãos de justiça aplicaram a legislação e efetivaram as políticas públicas. A eficiência dessa atuação seria o desenvolvimento das atividades que lhe foram incumbidas do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, conforme os meios e a ocasião

19 SENADO FEDERAL. Subsecretaria de Pesquisa e Opinião Pública. DataSenado. Relatório de Pesquisa. *Violência Doméstica Contra a Mulher*. Brasília, mar. 2005. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senadores/senador/PatriciaSaboya/publicacoes/viol%C3%Aancia%20contra%20a%20mulher%20ampliado.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

de utilizá-los²⁰, concebíveis na Lei Maria da Penha e no Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, quais sejam: a implementação das condições necessárias para o exercício dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar (definidas no art. 3º da Lei nº 11.340/06) e a aplicação de forma articulada do conjunto de medidas para enfrentamento do fenômeno (entabuladas, principalmente, nos artigos 8º, 9º e 23 da Legislação).

2 A ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE JUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA E NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: SUCESSOS E DESAFIOS

Em todos os documentos pesquisados - “Balanço do Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres”²¹, Relatório Final da Pesquisa “Condições para aplicação da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMS) e nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar nas capitais e no Distrito Federal”²² e Relatório da Pesquisa “Identificando entraves na articulação dos serviços de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar em cinco capitais”²³ –, concluiu-se não haver dados suficientes para aferir a eficiência ou ineficiência dos órgãos de justiça, haja vista a inexistência de informações sistematizadas em abrangência nacional, integradas, padronizadas e disponíveis sobre os diferentes registros que são gerados a partir da aplicação da Lei. Este, inclusive, foi apontado como o maior obstáculo para o monitoramento da eficiência da legislação, inviabilizando, ainda, a orientação das políticas públicas e o aprimoramento dos planos de gestão.

Não obstante, pôde-se avaliar a implementação das condições nos órgãos de justiça que, segundo a Lei nº 11.340/06, art. 3º, §§ 1º e 2º da Lei, proporcionariam sua eficácia, ou seja, a aplicação integral das medidas e a garantia dos direitos nela estabelecidos. O resultado foi a necessidade de maior sensibilidade por parte desses órgãos para a questão. Veja-se:

20 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 122.

21 SPM – Secretaria de Políticas para Mulheres. *Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. (Enfrentamento à violência contra as mulheres ; v. 2). Brasília, Presidência das República/ Secretaria de Políticas para as Mulheres, Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, 2010. 52 p. Disponível em: <http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2010/PactoNacional_livro.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2011.

22 OBSERVE, op. cit., 2010.

23 OBSERVE, op. cit., 2011.

Da parte da justiça é possível afirmar que, se existem avanços para serem comemorados no que toca à conquista formal de direitos, a pesquisa mostrou que a realidade das condições da aplicação da Lei Maria da Penha nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher está muito aquém do que é necessário para a efetivação desses direitos e ainda se mostra muito comprometida por uma visão tradicional de acesso à justiça²⁴.

Com efeito, apesar dos robustos investimentos, significativos avanços e do pouco tempo de experiência da legislação e das instituições de justiça especializadas, patente diferenciação no acesso a justiça, pouca integração operacional entre os diferentes setores e pequeno incentivo à participação da sociedade.

Ainda que ínfimos e incipientes os exames sobre o tema, foi possível deduzir que tais elementos demonstraram que a ineficácia da Lei Maria da Penha decorre menos de lacunas e interpretações da legislação e mais de defeitos da aplicação das referidas condições de implementação da Norma pelos órgãos de justiça²⁵, tratando-se, pois, de uma questão de gestão pública e administração dos órgãos de justiça.

Tal avaliação foi realizada com base em averiguação de sete critérios, definidos nas pesquisas do Observe, obtidos a partir de um conjunto indicadores internacionalmente recomendados para o acompanhamento de respostas públicas à violência contra a mulher²⁶, o que delineou o perfil da atuação dos órgãos de justiça brasileiros na aplicação da Lei Maria da Penha e no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher: existência de Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JEVDFM); condições físicas e materiais; recursos humanos; ampla competência do juiz; equipe multidisciplinar; sistema de dados e informação; e articulação de serviços especializados da rede de atendimento à mulher em situação de violência.

Com efeito, as tímidas experiências bem sucedidas foram aquelas que atenderam ao princípio da boa administração²⁷ e aprimoraram as características de especialização, de institucionalização e, principalmente, de articulação em rede, considerada a novidade e a essência da Lei Maria da Penha, no que se refere à estruturação do Poder Público para sua implementação. Também foi mencionada como cooperação/colaboração,

²⁴ OBSERVE, op. cit., 2010, p. 121.

²⁵ OBSERVE, op. cit., 2011, 71.

²⁶ OBSERVE, op. cit., 2010, p. 116.

²⁷ MELLO, op. cit., 2008, p. 122.

pressupondo a horizontalidade das relações entre os parceiros e sua responsabilidade solidária pela aplicação da Lei Maria da Penha. Foi definida, ainda, como o fator que estabelece a comunicação dialógica e a construção democrática e coerente de novos valores de gênero.

Não obstante sua importância, à articulação em rede, ou cooperação/colaboração, os órgãos de justiça ofereceram mais resistência, o que se atribuiu à sua visão tradicional de acesso à justiça criminal que se limita às decisões judiciais e à aplicação exclusiva ou prioritária das medidas punitivas.

Demonstrado como um desafio a abertura dos órgãos de justiça para seu aprimoramento de administração e gestão, em especial no que atine à articulação em rede, ou cooperação/colaboração, foi destacada a atuação do Conselho Nacional de Justiça como órgão que pode ter papel estratégico para sua superação.

Criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, também denominada a Reforma do Judiciário, que buscou sua modernização a fim de garantir o direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva e à ordem jurídica justa, o CNJ inclui-se no contexto de reformulação da Administração Pública dada pela Constituição Federal de 1988, que dinamizou a atuação do Estado para obter maior eficiência nos serviços públicos prestados, por meio do estabelecimento de parcerias com iniciativas da sociedade e o trabalho com metas, ferramentas mais maleáveis e aptas a alcançar com mais adequação a realidade social que se transforma de maneira cada vez mais rápida e complexa na atualidade.

Na seara da violência doméstica e familiar contra a mulher, o CNJ assumiu o papel de, em interlocução democrática com os organismos responsáveis por articular políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, construir vínculos permanentes e estabilizar tais políticas no âmbito do Poder Judiciário.

Nesse sentido é que se deram as ações já realizadas por essa instituição para a efetivação da Lei Maria da Penha: a recomendação de criação, estruturação e funcionamento pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; realização de quatro Jornadas da Lei Maria da Penha; elaboração do Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados; monitoramento de dados processuais, ainda que restrito ao controle de produtividade; a criação do Fórum Nacional de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – FONAVID, que realizou dois encontros com o objetivo de aperfeiçoar a aplicação da Lei Maria da Penha elaborando diretrizes para a padronização dos trabalhos em todo o país e realizando cursos de especialização para os magistrados que atendem nos Juizados de Violência Doméstica e

Familiar; a promoção do I Encontro Nacional de Promotoras Legais Populares, que reuniu mais de 300 representantes das comunidades, que após discutirem a implementação da Lei, prepararam e aprovaram enunciados, entregues ao Presidente do Supremo Tribunal Federal e ao Presidente da República; o acompanhamento das denúncias contra juízes que se recusam a aplicar a Lei Maria da Penha ou a aplicam com distorções, o lançamento da *Campanha Lei Maria da Penha*, entre outras que ainda estão sendo criadas, como a Rede Nacional de Cooperação Judiciária, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, as Casas de Justiça e Cidadania, etc.

Tais ferramentas, que tendem ao aprimoramento de administração e gestão dos órgãos de Justiça, em especial no que atine à articulação em rede ou cooperação/colaboração, aproximam-se da justiça colaborativa (*collaborative justice*) e dos tribunais de resolução de problemas (*problem-solving courts*), prática ocorrente há mais de vinte anos nos Estados Unidos e em outros países do mundo e que vem apresentando bons resultados ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher. A seguir, serão rapidamente descritas e contextualizadas essas experiências.

3 A JUSTIÇA COLABORATIVA

Especificamente as varas especializadas estadunidenses surgiram de uma profunda reforma do sistema judicial daquele país, no final da década de 80, com o escopo de alcançar maior eficiência. A partir de então, um conjunto de práticas foram adicionadas às técnicas e experiências convencionais, por meio do estabelecimento de parcerias, com diferentes setores públicos e privados, multidisciplinares, e, especialmente, com iniciativas da comunidade, em colaboração mútua e contínua, e não adversarial. O intuito da formação dessa rede foi possibilitar o trabalho, não somente com os problemas, mas com as causas dos problemas (interesses reais ou subjacentes e valores sociais), a fim de apresentar uma resposta adequada às necessidades e expectativas de um específico grupo de pessoas em uma específica jurisdição, proporcionando segurança, confiança e bem-estar à comunidade. Assim, essas instâncias, denominadas *problem solving courts*, passaram a ter a atribuição de concretizar e concentrar esses mecanismos, monitorando-os, estudando-os e experimentando outros no intuito de solucionar problemas de uma determinada comunidade.

Apesar das peculiaridades de cada tipo de vara especializada, foram observadas características comuns que as experiências apresentaram, elevadas posteriormente à categoria de princípios, quais sejam: a colaboração,

a tomada de decisões baseadas em informações reforçadas, o interesse em obter melhores e substantivos resultados, o provimento de serviços individualizados para cada litigante, o foco na responsabilização do ofensor e na conscientização da comunidade e o envolvimento da comunidade.

Comparadas com os Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (JEVDFM) brasileiros, notou-se que as varas especializadas estadunidenses (*domestic violence courts – DVC*) também se guiam pela especialização, institucionalização e articulação em rede/colaboração, porém, com mais ou menos densidade ou com diferentes enfoques ou dinâmicas, observadas as distâncias sistêmicas da ordens jurídicas dos países.

Porém, nos Estados Unidos, talvez em razão de mais tempo de experiência das *DVC*, o monitoramento da eficiência de seu modelo aparentam estar mais desenvolvido, com critérios mais específicos e caráter mais proativo, voltando-se a atuação do Judiciário para resultados específicos e bem definidos, quais sejam: redução do tempo de processamento dos casos, maior informação sobre os casos, aumento da responsabilização do infrator (menor reincidência, menos processos, menos acusações e condenações ou menor descumprimento das decisões), menor reincidência, aumento dos serviços e da segurança para as vítimas, maior satisfação dos interesses reais ou subjacentes dos envolvidos, mais bem-estar da comunidade. Ademais, o envolvimento das vítimas e a participação da comunidade, bem como o acompanhamento judicial frequente dos ofensores, foram práticas que mostraram bons resultados e foram enfaticamente recomendadas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resumo, foi possível alcançar ambos os objetivos propostos inicialmente, quais sejam, traçar um panorama sobre a atuação dos órgãos de justiça na aplicação da Lei Maria da Penha e no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher; e apresentar possibilidades tendentes a propiciar resultados mais eficientes e amplos para as metas e objetivos propostos pelo Estado brasileiro nessa seara.

Tendo em vista que o principal desafio apontado para o monitoramento da eficiência da legislação, a fim de monitorar as políticas públicas e aprimorar os planos de gestão, foi a inexistência de dados suficientes para aferir a eficiência ou ineficiência dos órgãos de justiça, destacou-se o CNJ como instituição capaz de produzir informações sistematizadas em abrangência nacional, integradas, padronizadas e disponíveis sobre os diferentes registros que são gerados a partir da aplicação da Lei.

Ainda, considerando que os modelos brasileiros bem-sucedidos têm como elementos desenvolvidos a especialização, a institucionalização e, especialmente, articulação em rede, ressalta-se o sistema de justiça colaborativa como possibilidade para unir os diferentes interessados e encadear e diversos setores sociais envolvidos no problema a fim de garantir os direitos humanos e promover o desenvolvimento da sociedade, apresentando-se esse como exemplo de novos rumos da Gestão Pública no âmbito do Poder Judiciário.

Espera-se que, os levantamentos realizados na presente pesquisa e as informações produzidas possam oferecer ferramentas importantes para o aperfeiçoamento das respostas estatais oferecidas às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, mais adequadas às suas necessidades e expectativas, delineando conteúdo mais estável e democrático ao direito de igualdade de gênero.

Destaca-se, por fim, que, observados os dados obtidos no presente trabalho e a narrativa legal sobre o tema, o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres tem induzido profundas e amplas modificações na sociedade brasileira, jurídicas, políticas e sociais, que transcendem a questão dessa violência em si, na medida em que transforma estruturas convencionais e estabelece diálogos e dinamismos entre categorias tradicionalmente estanques, como feminino e masculino, público e privado, direitos e deveres, ressignificando princípios e direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BENLLOCH, Isabel Martínez. Construcción psicosocial de los modelos de género: subjetividad y nuevas formas de sexismo. In: CASTILLO-MARTÍN, Márcia. OLIVEIRA, Suely de (org.). *Marcadas a Ferro: Violência contra a Mulher, uma visão multidisciplinar*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. p. 104-134.

BERMAN, Greg; FEINBLATT, John. *Problem-Solving Courts: a brief primer*. Nova Iorque: Center for Court Innovation, 2001. Disponível em: <http://www.courtinnovation.org/pdf/prob_solv_courts.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Convenção do Belém do Pará*. 10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Centro de Documentação e Informação - Coordenação de Publicações. Brasília, 2004.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 fev. 2011.

_____. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Lei Maria da Penha. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 17 jan. 2011.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2004/Plano%20Nacional%20Políticas%20Mulheres.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2011.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007b. Disponível em: <http://200.130.7.5/spmu/docs/tr_2007.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2011.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007a. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2007/pacto-violencia.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2011.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2004/planinho.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

GOETZ, Anne Marie. *Progresso das Mulheres Do Mundo 2008/2009: Quem responde às mulheres? Gênero e responsabilização*. 2009, Disponível em: <http://www.unifem.org/progress/2008/media/POWW08_Report_Full_Text_pt.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2011.

GTRAD. *Grupo de Pesquisa de Resolução Apropriada de Conflitos*. Coordenação de André Felipe Gomma de Azevedo. Desenvolvido pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Página da disciplina Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, que busca

transmitir aos estudantes um panorama do movimento doutrinário voltado a resolução apropriada de disputas (RADs), apresentando textos da teoria autocompositiva nos três principais métodos adotados no Brasil (Arbitragem, Mediação e Negociação) e nos métodos híbridos e demais institutos afetos às RADs (Abordagem Paralela, Avaliação neutra, Avaliação preliminar de conflitos, Conciliação judicial, Gestão de conflitos, Júri simulado, Med-arb, Mini-julgamento, Ombudsman, Parceiragem e Sistema multi-portas, etc.). Disponíveis em: <<http://vsites.unb.br/fd/gt/rad/>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

IBOPE - Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística, Instituto Patrícia Galvão. *Dois Anos da Lei Maria da Penha: o que Pensa a Sociedade*, 2008. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq_ibope_2008.pdf>; Acesso em: 27 mar. 2011.

IBOPE - Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística, Instituto Patrícia Galvão, Instituto Avon. *Percepções sobre a violência Doméstica Contra a Mulher no Brasil*, 2009. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq_ibope_2009.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2011.

IBOPE, INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. *Atitudes Frente ao Crescimento da Aids no Brasil*, 2003. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/hiv/pesq_ib2003.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2011.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Igualdade de Gênero*. Brasília, Secretaria de Assuntos Estratégicos/Presidência da República, 7 dez. 2010. Disponível em : <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/sips_genero2010.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2011.

KRISTOF, Nicholas D. The Women's Crusade. Electronic publishing at *The New York Times*, em 23 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2009/08/23/magazine/23Women-t.html?_r=1#>. Acesso em: 3 mar. 2011.

KRUG, Etienne G.; DAHLBERG, Linda L. ; MERCY, James A. ZWI, Anthony B; LOZANO, Rafael. *World report on violence and health*. Geneva, World Health Organization, 2002. Disponível em:<<http://www.opas.org.br/cedoc/hpp/ml03/0329.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2011.

LABRIOLA, Melissa; BRADLEY, Sarah; O'SULLIVAN, Chris S.; REMPEL, Michael; MOORE, Samantha. *A National Portrait of Domestic Violence Courts*. Report submitted to the National Institute of Justice. Dec. 2009. Disponível

em: <http://www.courtinnovation.org/sites/default/files/national_portrait.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOORE, Samantha. *Two Decades of Specialized Domestic Violence Courts: a review of the Literature*. Nova Iorque, Nov. 2009. Disponível em: <http://www.courtinnovation.org/sites/default/files/DV_Court_Lit_Review.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2011.

OBSERVE - Observatório da Lei Maria da Penha. *Condições para aplicação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMS) e nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar nas capitais e no Distrito Federal*. Relatório Final. Salvador: Observe, nov. 2010. 233 p. Disponível em: <http://www.observe.ufba.br/_ARQ/Juizados%20Viol%20Domestica.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2011.

_____. *Identificando entraves na articulação dos serviços de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar em cinco capitais*. Relatório Final. Salvador: Observe, mar. 2011. 84 p. Disponível em: <[http://www.observe.ufba.br/_ARQ/relatorio_final_redes%20\(1\).pdf](http://www.observe.ufba.br/_ARQ/relatorio_final_redes%20(1).pdf)>. Acesso em: 4. Abr. 2011.

_____. *Report of the Secretary-General: In-depth study on all forms of violence against woman*. General Assembly, 61st session, p. 139, 6 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/mujer/noticias/paginas/0/27410/ReportSecreGeneral.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2011.

PORTER, Rachel; REMPEL, Michael; MANSKY, Adam. *What makes a Court Problem-Solving?* Nova Iorque: Center for Court Innovation, feb. 2010. Disponível em: <http://www.courtinnovation.org/sites/default/files/What_Makes_A_Court_P_S.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2011.

Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Nova Iorque, 6. Out. 1999. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/protcedaw.htm>>. Acesso em 25 mar. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa de. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. As mulheres não são homens. Publicação eletrônica na coluna *Debate Aberto, Carta Maior*; em 9 mar. 2011. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=4984>. Acesso em: 24 mar. 2011.

SENADO FEDERAL. Subsecretaria de Pesquisa e Opinião Pública. DataSenado. Relatório de Pesquisa. *Violência Doméstica Contra a Mulher*. Brasília, mar. 2005. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senadores/senador/PatriciaSaboya/publicacoes/viol%C3%Aancia%20contra%20a%20mulher%20ampliado.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

_____. Subsecretaria de Pesquisa e Opinião Pública. Relatório de Pesquisa. *Violência Doméstica Contra a Mulher*. Brasília, DataSenado, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/datasenado/pdf/Relat%C3%B3rio%20anal%C3%ADtico%20Viol%C3%Aancia%20Dom%C3%A9stica.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

_____. Subsecretaria de Pesquisa e Opinião Pública. Relatório de Pesquisa. *Violência Doméstica Contra a Mulher*. Brasília, DataSenado, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_e_Familiar_contra_a_Mulher.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2011.

SESC – Serviço Social do Comércio. Fundação Perseu Abramo. *Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado*, 2010. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

SOUZA, Mayra Cotta Cardozo de. *Entre a proteção da mulher e a punição do agressor: a encruzilhada da Lei Maria da Penha*. Orientadora Professora Doutora Ela Wiecko V. de Castilho. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

SPM – Secretaria de Políticas para Mulheres. *Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. (Enfrentamento à violência contra as mulheres ; v. 2). Brasília, Presidência da República/ Secretaria de Políticas para as Mulheres, Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, 2010. 52 p. Disponível em: <http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2010/PactoNacional_livro.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o

common law e dos problemas da padronização decisória”. Pp. 9-52. In: *Revista de Processo. RePro* 189, ano 35, nov. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais.

VENTURI, Gustavo; RECAMÁN, Marisol e OLIVEIRA, Suely de (orgs.). *A mulher brasileira nos espaços público e privado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2011: os jovens no Brasil*. São Paulo: Instituto Xangari; Brasília: Ministério da Justiça, 2011. Caderno complementar 2. Homicídio de mulheres no Brasil.

WOLF, Robert V. *Principles of Problem-Solving Courts*. Nova Iorque: Center for Court Innovation, 2007. Disponível em: <<http://www.courtinnovation.org/sites/default/files/Principles.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2011.

PODER JUDICIÁRIO E A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA: DO PATRIMONIALISMO À GESTÃO EFICIENTE

THE JUDICIARY AND THE ADMINISTRATION OF JUSTICE: FROM PATRIMONIALISM TO MANAGEMENT EFFICIENCY

Marcelo Henrique Pereira Marques

Analista Judiciário. Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP.

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar

SUMÁRIO: 1 O Poder Judiciário e a Função Administrativa; 2 Breve Evolução Histórica do Poder Judiciário; 3 A Administração a Justiça a partir da Constituição de 1988; 3.1 A Atuação do Conselho Nacional de Justiça; 3.2 A Transparência no Judiciário; 4 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo apresentar algumas resistências e avanços acerca de mecanismos de controle social, transparência e participação popular na atuação administrativa do Poder Judiciário. A partir de uma breve análise histórica é possível compreender melhor a origem dessas resistências. A Administração Pública brasileira e, com ela, a Administração da Justiça sofreram do patrimonialismo português e conservaram, no seu início, uma cultura jurídica alheia à burocracia que faz separar o público do privado. Com o passar do tempo, o Judiciário se desenvolve e acaba por acolher um modelo de gestão mais eficiente, mais transparente e sobretudo democrático. Portanto, a discussão que se põe aqui é procurar examinar o Poder Judiciário quando não está debruçado sobre o julgamento de processos. Cabe analisar as origens do conservadorismo do Judiciário e a importância de se rever determinadas posturas. Além disso, é também um objetivo desse trabalho sinalizar a importância da introdução da gestão eficiente e de mecanismos democráticos mais contemporâneos na sua estrutura.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Administração da Justiça. Gestão. Eficiência. Controle.

ABSTRACT: The present essay aims to present some resistance and advances to social control, transparency and popular participation mechanisms in the Judiciary Power's administrative activity. From a brief historical analysis it is possible to better understand the origins of this resistance. Brazilian Public Administration and the Administration of Justice as well have suffered from the Portuguese patrimonialism and maintained in its beginning a juridical culture distant from the bureaucracy that separates public from private life. During the time, the Judiciary evolves and ends up adopting a more efficient, transparent and democratic model of public management. Therefore, the issue here is to examine the Judiciary Power when it is not leant over lawsuits. It should be analysed the origins of the Judiciary conservative values and how importante it is to review such posture. Besides, it is also an objective of this work to point the importance of introducing an efficient management and more democratic and updated mechanisms in its structure.

KEYWORDS: Judiciary. Administration of Justice. Management. Efficiency. Control.

1 O PODER JUDICIÁRIO E A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

O exercício da Administração Pública não é atividade exclusiva do Poder Executivo. Isso porque, a função administrativa é também exercida pelos demais Poderes como função atípica. Assim, cada um dos Poderes exerce com preponderância sua função típica e de maneira atípica a função dos demais. É nesse sentido que os Poderes são “independentes e harmônicos entre si”, nos termos da Constituição de 1988. Na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello²:

Tanto Legislativo quanto Judiciário, como Executivo, exerceriam as três funções estatais: de modo normal e típico aquela que lhes corresponde primacialmente – respectivamente, legislar, julgar e administrar – e, em caráter menos comum (ou até mesmo em certas situações muito invulgares como ocorre no processo de *impeachment*), funções, em princípio, pertinentes a outros órgãos do Poder. Á vista disto, jamais se poderia depreender, com segurança, se uma atividade é legislativa, administrativa ou jurisdicional pelo só fato de provir do corpo do Legislativo, Executivo ou Judiciário.

Daí que o Poder Judiciário exerce também função administrativa. A Administração judiciária – exercida em caráter menos comum, uma vez que administrar é função primária do Poder Executivo – envolve toda sorte de atividade do Poder Judiciário que contenha a necessidade de gestão da coisa pública, seja a realização de licitação, a organização de concursos públicos, o planejamento e a execução do seu orçamento, a contratação de serviços terceirizados, a nomeação de servidores, dentre outros.

Nesse contexto, a gestão eficiente dos recursos públicos prevista pela Constituição de 1988 para a Administração Pública é regra cogente também para o Poder Judiciário quando atua nesse mister. Assim, aplicam-se ao Poder Judiciário quando exerce atividade administrativa todos os princípios³ elencados no *caput* e as demais regras do art. 37 da Constituição Federal, as vedações do art.167; as suas contas sofrem

1 Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

2 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.34.

3 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

fiscalização e pode também ser objeto de inspeção e auditoria contábil do Tribunal de Contas e assim por diante.

Portanto, a discussão que se põe aqui é procurar examinar o Poder Judiciário quando não está debruçado sobre o julgamento de processos. Cabe analisar as origens do conservadorismo do Judiciário e a importância de se rever determinadas posturas. Além disso, é também um objetivo desse trabalho sinalizar a importância da introdução da gestão eficiente e de mecanismos democráticos mais contemporâneos na sua estrutura.

2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER JUDICIÁRIO

Antonio Carlos Wolkmer, analisando o período colonial, faz referência a um “‘abrasileiramento’ da magistratura” que “significava a corrupção das metas essencialmente burocráticas, porquanto os critérios de validade passavam a ser imputados à pessoas, à posição social e à interesses econômicos. A corrupção cobria um lastro de desvios da legislação e das regras burocráticas⁴”. Registros de privilégios do Judiciário no Brasil datam desde 1715, quando El-Rei fez saber que “todos os que na cidade de São Paulo servirem de juizes ordinários, vereadores e procuradores do Conselho, fiquem com a nobreza de cavaleiros e logrem os privilégios deles⁵”, tudo isso no sentido de livrá-los de qualquer condenação por erros do ofício.

À época das Ordenações Afonsinas, o governo local era formado por Câmaras e “compunham-se estas de juizes e vereadores, eleitos pelos homens bons com a interferência dos corregedores⁶”. Como aponta Raymundo Faoro, “os ‘homens bons’ compreendiam, num alargamento contínuo, além dos nobres de linhagem, os senhores de terras e engenhos, a burocracia civil e militar, com a contínua agregação de burgueses comerciantes⁷”. A primeira instância era formada “por juizes singulares que eram distribuídos nas categorias de ouvidores, juizes ordinários [...] e juizes especiais [...]. A segunda instância, composta de tribunais colegiados, agrupava os chamados Tribunais de Relação [...] Já o Tribunal de Justiça Superior, de terceira e última instância, [...] era representado pela Casa de Suplicação⁸”.

4 WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.82-83.

5 FERREIRA, Waldemar. *História do Direito Brasileiro*. v.1, p.194.

6 FERREIRA, Waldemar. *ibidem*.p.160.

7 FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. São Paulo: Globo, 2001. p202.

8 WOLKMER, Antonio Carlos. *ibidem*. p.74-75.

A posse na magistratura não decorria de nenhum mérito pessoal. Segundo Faoro, “os magistrados, na grande maioria, são leigos, com os cargos herdados ou obtidos no enxoval da noiva⁹”. Em 1587, é criado o Tribunal de Relação do Brasil. A ostentação sempre esteve presente no âmbito do Judiciário: “haverá na Casa de Relação panos para se cobrirem as mesas dos despachos, e os da grande serão de seda, e o tinteiro, poeira e campainha serão de pratas¹⁰” e “os desembargadores, enquanto estiverem em despacho na Relação com o governador, estarão assentados em escabelos de encosto na mesa grande¹¹” e “andarão vestidos, assim na Relação, como na cidade, com as ópas, que costumam trazer os desembargadores da Casa da Suplicação, de maneira que representem os cargos que tem¹²”. Em 1626, foi suprimida a Relação¹³ e posteriormente restabelecida, em 1652¹⁴. Em 1751, foi criada a Relação do Rio de Janeiro e, posteriormente, com a transferência da capital, instalou-se a Casa da Suplicação¹⁵. Segundo Wolkmer, “com a criação e o funcionamento do Tribunal da Relação, no Brasil, consolidou-se uma forma de administração da justiça não mais efetuada pelo ouvidor-geral, mas centrada na burocracia de funcionários civis¹⁶”. À época do Brasil colônia, Stuart Schwartz, citado por Wolkmer, alega que havia duas modalidades de organização política do Judiciário: relações burocráticas e relações baseadas em parentesco. Assim, segundo Wolkmer, “o entrelaçamento desses dois sistemas de organização –burocracia e relações pessoais – projetaria uma distorção que marcaria profundamente o desenvolvimento de nossa cultura jurídica institucional¹⁷”. Wolkmer sugere, ainda, que as relações pessoais “iam desde o casamento colonial (forma de incorporação na sociedade local e de aquisição de riqueza e propriedades) até os laços de amizade e compadrio (padrinho de batismo ou de casamento¹⁸)”. Em 1824, o Brasil conheceu sua primeira Constituição, ainda no Império, mas já independente. O Judiciário ganhou estatura Constitucional.

9 FAORO, op. cit., p.218.

10 FERREIRA, op. cit., p.200.

11 Ibidem, p.200.

12 Ibidem, p.201.

13 Ibidem, p.231.

14 Ibidem, p.236.

15 FREITAS, Vladimir Passos de. *Corregedorias do Poder Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 20.

16 WOLKMER, op. cit., p.78.

17 WOLKMER, op. cit., p.82.

18 WOLKMER, op. cit., p.83.

Em 1845, iniciaram debates a respeito de projeto de lei que restringia a participação de magistrados no processo eleitoral. Segundo notícia José Murilo de Carvalho, magistrados eram ao mesmo tempo fazendeiros, senhores de engenho e senadores¹⁹. Segundo o autor, as manifestações contrárias foram vencidas “e os juízes mantiveram-se no controle²⁰”.

Na sequência, como leciona Vladimir Passos de Freitas, “o início da grande transformação vivida pelo Poder Judiciário brasileiro ocorreu após a proclamação da República, em 1889²¹”. Ainda naquele ano é criada a Justiça Federal (decreto-lei 848 de 1889). A Constituição de 1891 – agora, sim, da República – optou pelo modelo unitário, isto é, sem uma jurisdição administrativa, como é o Conselho de Estado francês, e o Judiciário se moldou, pois, como terceiro Poder²². Aqui surge o Supremo Tribunal Federal. Em 1945 é criado o Tribunal Federal de Recursos, posteriormente extinto com a criação do Superior Tribunal de Justiça com o advento da Constituição de 1988.

Foi nesse cenário, portanto, que nasceu e se desenvolveu o Poder Judiciário, em meio ao patrimonialismo que configurava a estrutura do Estado brasileiro. Em meio, portanto, à diluição dos limites que separam o público do privado misturando as regras da casa e da rua, para fazer menção à obra prima de Roberto DaMatta²³. Esse patrimonialismo de outrora se faz presente nos dias de hoje quando se assiste à situações como aquela noticiada pela revista IstoÉ, em abril de 2009. Segundo a publicação, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Carlos Alberto Menezes Direito, falecido naquele mesmo ano, teria se beneficiado de ofícios expedidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde foi Ministro até 2007, solicitando tratamento privilegiado para parentes seus em aeroportos brasileiros²⁴. No mesmo sentido fez o então Ministro do STJ e hoje do STF, Luis Fux. No ofício n. 112/08, expedido pelo chefe de representação do STJ ao gerente da *Air France* no aeroporto internacional Antonio Carlos Jobim, no Rio de Janeiro, foi solicitado sala “vip”, atendimento especial no *check in* e assento *up deck*, na área superior do avião. É dizer, ofícios emitidos pela cúpula de um órgão

19 CARVALHO, Jose Murilo de. *A Construção da Ordem*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 176.

20 Ibidem. p. 178.

21 FREITAS, op. cit., p.23.

22 Ibidem.

23 DAMATTA, Roberto. *A Casa & A Rua*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

24 reportagem com cópias dos ofícios disponível em: <<http://www.istoe.com.br/reportagens/detalhePrint.htm?idReportagem=12841&txPrint=completo>>

público requisitando favores à empresa privada. Ora, “o juiz deve ter ciência que faz parte de uma categoria diferenciada em alguns aspectos, mas faz parte do gênero dos servidores públicos, sendo um indivíduo do povo, pago pelo mesmo povo, para servir²⁵”.

Tais situações são excepcionais e não podem resumir, é certo, o Judiciário. De toda sorte, trata-se de um Poder com características que o afastam do trato comum. Isto se traduz nas vestes, no tratamento, em expressões como “Estado-juiz” e em prerrogativas inexistentes para os cidadãos comuns, como férias de 60 dias²⁶. Toda essa simbologia de poder permanece válida até hoje.

Quanto à linguagem, o Direito é pródigo no uso de expressões rebuscadas. Ora, o uso de termos difíceis afasta o jurisdicionado, sujeito da decisão, da realidade do processo. Como aponta Jose Renato Nalini:

O cliente da Justiça tem direito a uma solução justa, mas para ele inteligível. Se é fácil ser complicado – basta se valer de um dicionário e escolher sinônimos desconhecidos – é muito difícil ser simples. A concisão, a objetividade, a utilização de frases sintéticas, tudo isso auxilia a comunicação. E atua em favor da credibilidade e da legitimação.

Cabe questionar, ainda, a capacidade de compreensão de determinadas decisões quando utilizam língua estrangeira como fundamento jurídico²⁷, como a seguinte:

Incide, aqui, o magistério de um dos maiores constitucionalistas norte-americanos, HENRY CAMPBELL BLACK, em seu clássico *Handbook of American Constitutional Law*, 2ª ed., St. Paul, Minn., West Publishing CO., 1897, p. 70, verbis:

10. It is not permissible to disobey, or to construe into nothingness, a provision of the constitution merely because it may appear to work injustice, or to lead to harsh or obnoxious consequences or invidious and unmerited discriminations, and still less weight should be attached to the argument from mere inconvenience.

25 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Função Correicional dos Tribunais e Deveres do Magistrado*. R. CEJ, Brasília, n.28, p.54-63, jan/mar. 2005.

26 Lei Complementar n.35, Art. 66 - Os magistrados terão direito a férias anuais, por sessenta dias, coletivas ou individuais.

27 Sem esquecer que o Código de Processo Civil prevê no art. 156 que “em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo”.

[...] A respeito, assinalou PAUL ROUBIER, verbis: ‘La situation de fonctionnaire public constitue un statut légal, qui peut toujours être modifié par les lois nouvelles in futurum’ (in *Les Conflits de Lois dans le Temps*, Libr. Du Recueil Sirey, Paris, 1933, t. II, p; 471, n. 122)

[...] Ainda, a lição de Charles Debbasch e Marcel Pinet, verbis: ‘L’obligation de respecter les lois comporte pour l’administration une double exigence, l’une négative consiste à ne prendre aucune décision qui leur soit contraire, l’autre, positive, consiste à les appliquer, c’est-à-dire à prendre toutes les mesures réglementaires ou individuelles qu’implique nécessairement leur exécution.’ (In *Les Grands Textes Administratifs*, Sirey, Paris, 1970, p. 376)

[...] Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo²⁸.

Na lição do magistrado José Paulo Baltazar Junior, “nem sempre a sentença mais longa é a melhor. Se a questão não merece maiores digressões, não há porque se alongar. A Justiça é um serviço público e não integra a academia²⁹”.

Ainda no campo da linguagem, o uso de certos pronomes de tratamento sugere o exercício de um poder supremo, acima daquele da vida cotidiana. Prova disso é o Regimento Interno do STF que garante que seus membros “receberão o tratamento de Excelência, conservando o título e as honras correspondentes, *mesmo após a aposentadoria*, e usarão vestes talares, nas sessões solenes, e capas, nas sessões ordinárias ou extraordinárias³⁰” (g.n). Há uma simbologia de poder refletida no uso da toga. Daí a expressão “juiz togado”. No âmbito da Câmara dos Deputados, por exemplo, o Regimento Interno só obriga o uso do termo “excelência” entre deputados³¹. Aqui, aliás, cabe questionar o uso das honras e títulos após a aposentadoria no caso de o Ministro do STF passar a atuar em defesa de interesses privados após o período da quarentena³².

28 Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo Em Ac nº 5013333-39.2011.404.7100/RS. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.

29 BALTAZAR JUNIOR, *ibidem*.

30 Art. 16 parágrafo único do RISTF.

31 Art. 73. Para a manutenção da ordem, respeito e austeridade das sessões, serão observadas as seguintes regras: XI - referindo-se, em discurso, a colega, o Deputado deverá fazer preceder o seu nome do tratamento de Senhor ou de Deputado; quando a ele se dirigir, o Deputado dar-lhe-á o tratamento de Excelência;

32 Art. 95 [...]. parágrafo único. Aos juízes é vedado: V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração

O que interessa aqui, porém, é apresentar algumas resistências e avanços acerca de mecanismos de controle social, transparência e participação popular na sua atuação administrativa do Judiciário.

3 A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A promulgação da Constituição de 1988 foi um importante marco normativo no sentido de afastar o patrimonialismo histórico da realidade do Estado brasileiro. Assim, segundo Luis Roberto Barroso, o esforço mais notável da Constituição:

é o de procurar resguardar o espaço público da apropriação privada, o que faz mediante normas que exigem concurso público para ingresso em cargo ou emprego público, licitação para a celebração de contratos com a Administração Pública, prestação de contas dos que administram dinheiro público, bem como sancionam a improbidade administrativa. Proibição emblemática, quem em si abriga mais de cem anos de uma República desvirtuada, é a do art. 37 §1º, que interdita autoridades e servidores de utilizarem verbas publicas para promoção pessoal³³.

Posteriormente, em 1998, a Emenda Constitucional nº 19 promoveu alterações no texto constitucional no sentido de sinalizar com um modelo mais contemporâneo de gestão da coisa pública. Assim, dentre outras novidades, foi inserido o princípio da eficiência no art. 37, vinculante também ao Judiciário na sua atuação administrativa, e cujo núcleo “é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público³⁴”; foram estabelecidos limites aos cargos de confiança que passaram a ser exclusivos de ocupantes de cargo efetivo e apenas para atribuições de direção, chefia e assessoramento; exigiu-se que por lei infraconstitucional sejam reguladas formas de participação do usuário na Administração Pública, o acesso a informações sobre atos do governo e representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública – e aqui inclui-se o Judiciário no exercício de atividade administrativa.

33 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67-68.

34 CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p.32

Uma terceira onda normativa veio com a edição da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 que promoveu a Reforma do Poder Judiciário. Além de questões processuais, como a previsão de súmulas vinculantes, a necessidade de repercussão geral no recurso extraordinário e a alteração de algumas competências do STF³⁵, interessa aqui examinar as reformas administrativas e institucionais promovidas pela Emenda. A EC n. 45 teve claro propósito de uma reestruturação do Judiciário. Nas palavras de Sérgio Renault, então secretário da reforma, “o Judiciário brasileiro precisa chegar ao século 21, atento para a necessidade de modernização da sua gestão administrativa, informatizando procedimentos e incorporando novas tecnologias³⁶”. Segundo ele, a reforma “é o primeiro passo na construção de um novo Judiciário, mais transparente, mais racional e mais moderno³⁷”.

Nesse sentido, vale enumerar algumas alterações à Constituição promovidas pela EC n. 45: a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – tema a ser tratado alhures; a previsão de 03 anos de atividade jurídica como requisito para ingresso na magistratura; a aferição de merecimento de magistrados, para fins de promoção na carreira mediante critérios objetivos de produtividade; proibição de promoção do juiz que retiver autos além do prazo legal injustificadamente; a previsão de curso de preparação de magistrados como etapa obrigatória para o vitaliciamento; a publicidade das decisões administrativa dos Tribunais; a proibição do magistrado receber qualquer tipo de auxílio ou contribuição a qualquer título; a previsão de “quarentena”, constituída na proibição do exercício de advocacia no tribunal ou juízo do qual o juiz se afastou nos três primeiros anos de afastamento; a exigência de destinação das custas e emolumentos apenas para os serviços afetos às atividades específicas da Justiça; a proibição de gastos além dos limites estabelecidos na LDO durante a execução orçamentária. Por fim, a Emenda criou o dever da duração razoável do processo (judicial e administrativo).

3.1 A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Pois bem, alteração importante foi a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O CNJ, órgão de estatura constitucional, tem funções

35 Como a competência para julgar válida lei local contestada em face de lei federal que antes era de competência do Superior Tribunal de Justiça

36 Folha de S. Paulo, 09 de dezembro de 2004. Tendências/Debates.

37 Folha de S. Paulo, 09 de dezembro de 2004. Tendências/Debates.

explícitas: de um lado, realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, ou seja, um controle sobre a instituição e, de outro, realizar o controle de cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. No exercício dessas funções, o Conselho poderá expedir atos regulamentares ou recomendar providências; apreciar a legalidade de atos administrativos dos membros do Judiciário, podendo revê-los ou fixar prazos para que adotem as providências necessárias; conhecer de reclamações contra membros e órgãos do Judiciário, sem prejuízo da competência correicional dos Tribunais – isto é, existindo ou não atuação correicional em curso no Tribunal local, o CNJ pode atuar – podendo avocar processos disciplinares em curso e aplicar, inclusive, aposentadoria e outras sanções administrativas; rever processos disciplinares julgados há menos de um ano. E tem o dever de elaborar relatórios acerca da atuação do Poder Judiciário³⁸. Segundo o desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Elton Leme, “a criação do Conselho Nacional de Justiça, com a Emenda Constitucional 45, que trouxe uma série de outras responsabilidades, colocou o Judiciário num novo patamar, no que diz respeito às suas responsabilidades perante a sociedade³⁹”.

Nesse mister, é louvável a atuação do CNJ no controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário como alternativa de paradigma para a gestão pública. Dentre as determinações do CNJ já impostas aos Tribunais, é possível citar a criação de ouvidorias⁴⁰, a regulamentação do uso de carros oficiais e a publicação da frota de veículos na *Internet*⁴¹, a criação de núcleos de métodos consensuais de resolução de conflitos⁴², a criação de planejamento estratégico pelos Tribunais⁴³, a proibição do nepotismo⁴⁴ e a ampliação do horário de atendimento ao público⁴⁵.

O CNJ, contudo, desde a sua criação vem sofrendo controle abstrato de constitucionalidade no STF quanto à legitimidade de suas atribuições. Segundo aponta Maria Tereza Sadek, à época da discussão do projeto que gerou a EC n. 45, ainda “em maio de 2000, a AMB divulgou documento no qual afirmava que ‘o relatório aprovado pela

38 Todas essas competências estão enumeradas no art. 103-B, § 4º, da Constituição da República.

39 LEME, Elton. *O juiz como gestor*. In Cadernos FGV Projetos. Maio/junho 2010, ano 5, n. 12, p.20-23.

40 Resolução n. 103/2010.

41 Resolução n. 83/2009.

42 Resolução n. 125/2010.

43 Resolução n. 70/2009.

44 Resolução n. 07/2005.

45 Resolução n. 130/2011.

comissão especial causou enorme apreensão em toda magistratura nacional⁴⁶”. Nesse sentido, foi emblemática a primeira ação, a ADI 3.367/DF, ter sido ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). A ação foi distribuída em 09 de dezembro de 2004, antes mesmo da publicação da Emenda, tanto que o Ministro Relator Cezar Peluso despachou no sentido de se aguardar sua publicação⁴⁷. A AMB questionou a própria existência do CNJ, sob o argumento de ofensa à separação de Poderes e ao pacto federativo. Por decisão unânime, o STF rejeitou o pedido.

Questão que gera debate na doutrina diz respeito ao poder normativo do CNJ. Essa competência é largamente utilizada pelo órgão, que já editou mais de 140 resoluções. O exercício do poder normativo do CNJ foi discutido a partir da resolução n. 07, editada em outubro de 2005. Na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, proposta pela AMB, foi declarada constitucional a legitimidade da atuação do CNJ ao editar a resolução n. 7 proibindo o nepotismo. Entendeu o STF que “as restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988⁴⁸”. Dessarte, com a proibição do nepotismo, o CNJ nada mais fez que expressar aquilo que já se depreende do texto constitucional. Apesar disso, algumas decisões judiciais parecem optar por interpretação diversa. Foi o caso da apelação cível n. 00010185020078200108, julgada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em 2008, que versava sobre alegação de nepotismo fora do âmbito do Judiciário. Entendeu a Justiça potiguar que, por se tratar de nepotismo em órgão diverso do Judiciário, não se aplicaria a resolução, uma vez que se tratava de “prática de nepotismo tolerada constitucionalmente⁴⁹”. A decisão ensejou o RE 579951, no STF, que acabou por reformar o acórdão.

Em 2011, outra resolução do CNJ foi discutida. A AMB questionou a resolução n. 130 que uniformiza o horário de atendimento nos fóruns⁵⁰. A ação se encontra pendente de julgamento. Mais recentemente, é alvo de ADI⁵¹, novamente proposta pela AMB, a resolução n. 135 que uniformiza

46 SADEK, Maria Tereza. *Controle Externo do Poder Judiciário* in Reforma do Judiciário. Maria Tereza Sadek (org). São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p.117.

47 conforme andamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2260590>>. Acesso em 10/10/2011.

48 ADC12. Ementa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2358461>>. Acesso em 11/10/2011.

49 Disponível em: < <http://esaj.tjrj.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp>>.

50 ADI 4598.

51 ADI4638.

as normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades. Uma das questões mais polêmicas da petição inicial da AMB nessa ação, diz respeito à alegação de inconstitucionalidade do art. 20 da resolução, que reza que “o julgamento do processo administrativo disciplinar de magistrado será realizado em sessão pública”. A associação sugere que o sigilo seria de interesse público⁵² e afirma que:

A figura do Estado-Juiz, que exige grau máximo de seriedade e de idoneidade, não pode ficar maculada no exercício da jurisdição. E não há como negar que o magistrado que estiver, publicamente, respondendo a processo disciplinar, d.v., não será visto pela sociedade ou pelo jurisdicionado como alguém que possua autoridade para julgar suas as ações ou as ações de outrem⁵³.

Outra questão interessante nessa mesma ação da AMB, objeto da pecha de inconstitucionalidade, é a previsão na resolução n. 135 de que toda e qualquer pessoa pode noticiar uma irregularidade contra magistrado. Segundo a Associação, essa previsão contraria a Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), Lei Complementar n. 35, que traz no art. 27 os legitimados para representar contra o juiz: o Poder Executivo ou Legislativo, o Ministério Público ou o Conselho Federal ou Secional da Ordem dos Advogados do Brasil. Alegam que caberia somente à lei complementar a normatização da questão. Por fim, cabe apontar uma última questão presente nessa ADI, que é o argumento da AMB no sentido de que o CNJ somente teria uma atuação correicional subsidiária. É dizer, o CNJ somente atuaria diante da omissão do Tribunal local. A Associação classifica como “fraude normativa” a interpretação do CNJ.

3.2 A TRANSPARÊNCIA NO JUDICIÁRIO

Essas novidades, tanto as alterações promovidas pelas emendas n. 19 e 45 quanto às resoluções do CNJ, têm um interesse comum: a gestão eficiente e democrática da coisa pública. E o primeiro passo é a transparência, a permitir um controle tanto pelos órgãos institucionalizados (Ministério Público, Tribunais de Contas, Corregedorias) quanto pela sociedade civil. Portanto, bem ou mal, as

52 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4638&processo=4638>>. Acesso em 10/10/2011.

53 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4638&processo=4638>>. Acesso em 10/10/2011.

resoluções do CNJ impõem um dever de boa gestão e transparência. É a “democracia enquanto prestação de contas⁵⁴”, como aponta Maria Teresa Sadek. Contudo, a democratização dos instrumentos de atuação do Poder Público e a eficiência não se concretizam pela mera imposição de cima para baixo. Como pondera Sergio Buarque de Hollanda:

a democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal-entendido [...]. É curioso notar-se que os movimentos aparentemente reformadores, no Brasil, partiram quase sempre de cima para baixo: foram de inspiração intelectual, se assim se pode dizer, tanto quanto sentimental. Nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política vieram quase de surpresa; a grande massa do povo recebeu-as com displicência, ou hostilidade. Não emanavam de uma predisposição espiritual e emotiva particular, de uma concepção da vida bem definida e específica, que tivesse chegado à maturidade plena. Os campeões das novas idéias esqueceram-se, com freqüência, de que as formas de vida nem sempre são expressões do arbítrio pessoal, não se “fazem” ou “desfazem” por decreto (p.160-161).

Assim, própria criação de ouvidorias, por exemplo, não se efetiva pela mera imposição por meio de resolução do órgão de controle. É dizer, sem um preparo dos servidores que ocupam os cargos de ouvidores, sem liberdade para enviar denúncias e reclamações contra juízes e servidores, sem a compreensão de que um órgão do Poder Judiciário pode sofrer fiscalização popular, de nada valerá a ouvidoria. A título de exemplo, cabe reproduzir resposta encaminhada pela ouvidoria do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, a respeito da disponibilização do relatório mensal que o órgão é obrigado a enviar à Presidência daquele Tribunal. Questionada, a ouvidoria respondeu em nota oficial:

Prezado Sr., Esta Ouvidoria é subordinada diretamente à Presidência desta Corte e relatórios, bem como estatísticas são encaminhados ao Exmo. Des. Presidente. Para ter acesso basta o Sr. prestar concurso público para a magistratura trabalhista e com o tempo ser promovido à Desembargador do TRT e após concorrer e assumir o cargo de Presidente deste E. Tribunal Regional. Atenciosamente Ouvidoria⁵⁵

54 SADEK, op. cit., p.178.

55 Resposta ao Protocolo: 68431800130822915.

Isso parece reforçar a lição de Sergio Buarque de Holanda ao retratar o Brasil do século XIX:

no Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal⁵⁶.

De toda sorte, não fosse a atuação do CNJ, o enclausuramento do Judiciário seria maior. Sem a pressão exercida pelo CNJ, muitos tribunais não apresentariam, por exemplo, sua frota de veículos⁵⁷. Aliás, a escolha dos modelos desses veículos também é uma questão a ser discutida quando se propõe uma gestão eficiente, uma vez que eventual opção por modelos de luxo pode sinalizar um mau uso do dinheiro público. Além da frota de veículos, tribunais chegam a gastar quase dois milhões de reais com serviço de motorista⁵⁸.

A exigência de transparência no Judiciário evidencia outros gastos questionáveis. Dessarte, por conta do esforço do CNJ, fica possível saber que em alguns casos o Judiciário gastou, de janeiro a outubro de 2011, mais de R\$57.000,00 com o fornecimento de frutas para o serviço de copa⁵⁹. Apenas com serviços de garçons, há contratos da ordem de mais de um milhão de reais⁶⁰.

56 HOLLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.146.

57 A título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Maranhão investiu mais de 2 milhões de reais na compra de 27 veículos modelo Toyota Corolla, em 2007, além de 3 Toyota Hilux cabine dupla no valor de R\$311.700,00. Dados disponíveis em: <http://www.tjma.jus.br/financas/index.php?acao_portal=contratos&idContrato=950&vigencia=S e http://www.tjma.jus.br/financas/index.php?acao_portal=contratos&idContrato=139&vigencia=N>. Acesso em 12/10/2011. E o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região possui 49 veículos modelo Ford Fusion, 30 veículos modelo Ford Focus e 27 veículos modelo Renault Megane. Dados disponíveis em: <<http://www.trtsp.jus.br/html/frota.pdf>. Acesso em 11/10/2011>. E que o Tribunal Superior do Trabalho também investiu valores expressivos com automóveis, quase 2 milhões de reais na compra de 25 veículos modelo Ford Fusion. Dados em: <http://contasabertas.uol.com.br/website/noticias/arquivos/137_TST%20-%20compra%20de%2025%20ve%C3%ADculos.pdf>. Acesso em 12/10/2011.

58 É o caso do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. O valor exato do contrato é de R\$ 1.972.252,80. Dados disponíveis em: http://www.tjma.jus.br/financas/?acao_portal=contratos&idContrato=804&vigencia=S>. Acesso em 12/10/2011.

59 Dados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em : <<http://www.gestaodinehiropublico.pr.gov.br/Gestao>>. Acesso em 11/10/2011.

60 Valor exato de R\$ 1.112.640,39 pagos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em <http://www.gestaodinehiropublico.pr.gov.br/Gestao/gastos/ConsultaPagamentos_Detalhes_Resp.jsp>

4 CONCLUSÃO

A ideia em torno do direito à boa Administração é recente. No âmbito da Comunidade Europeia já existe previsão normativa desse direito. Nesse sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que prevê o direito a uma boa administração, no seu art. 41. No Brasil, reformas periódicas e alterações pontuais vem sendo instituídas tendo em vista esse ideal. Como visto, a Emenda Constitucional n. 45 foi a última grande novidade no que tange o Poder Judiciário, um Poder que sempre teve contornos elitistas e conservadores, seja na escolha de seus membros – antes por meio de eleição por “homens bons” e hoje, com o acesso restrito a uma elite intelectual mediante concurso –, seja no uso de trajes formais e solenes, ou ainda na linguagem rebuscada ou em prerrogativas que distanciam os membros desse Poder do resto da população, como férias de 60 dias e ausência de prazos próprios⁶¹.

É nesse cenário que essas modificações promovidas pelo CNJ e pelas emendas n. 19 e 45 foram construídas, no sentido de restringir privilégios e instituir uma gestão eficiente e transparente.

Ao analisar o Poder Judiciário da década de 90, José Eduardo Faria já apontava alguns problemas:

Além de arcaicas, as engrenagens burocrático-administrativas das instituições judiciais também se revelam ineficientes e, o que é mais grave, pródigas. Isto porque, se por um lado os tribunais costumam queixar-se da falta de recursos materiais para funcionar bem, por outro muitas vezes tendem a empregá-los – como têm reiteradamente noticiado os órgãos de comunicação – de maneira perdulária, com a construção de prédios luxuosos, superdimensionados e superfaturados; a aquisição de automóveis

Num=56000001025641&Ordem=88>. Acesso em 11/10/2011.

61 A não observância dos prazos no processo implica a preclusão, isto é, a “perda, pelo decurso do tempo, da faculdade de praticar determinado ato processual”, (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alii. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.331). A doutrina processual civil tem como uma das classificações dos prazos processuais, os prazos próprios e impróprios. Assim, “a preclusão só ocorre quando se trata de prazos próprios; são impróprios os prazos não preclusivos, conferidos ao juiz, aos auxiliares da Justiça e, em princípio, ao Ministério Público no processo civil”, (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *ibidem*, p.332). Apesar da construção doutrinária, a previsão legal é outra. A Lei Complementar n.35 (LOMAN) estabelece no seu art. 35, II que são deveres do magistrado: “não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar”. Como pondera o juiz José Paulo Baltazar Junior, “o tempo deve ser bem administrado, a fim de evitarem-se diligências desnecessárias de demonstrações excessivas de erudição”. (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Função Correicional dos Tribunais e Deveres do Magistrado*. R. CEJ, Brasília, n.28, p.54-63, jan/mar. 2005).

para ministros, desembargadores e juízes de alçada; aposentadorias com vencimentos integrais e contagem de tempo de serviço a partir de critérios absolutamente imorais⁶².

Ora, estamos, pois, diante de um novo cenário e por isso é preciso pensar um novo modelo de Administração Pública. No dizer do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Elton Leme,

Diante de novos paradigmas administrativos e valendo-se de indicadores de gestão, novas tecnologias métodos gerenciais, além de muita inovação, os juízes passaram a promover uma verdadeira “reforma silenciosa da Justiça”. A partir deste ponto, foi fortalecida a opção política brasileira de não contratar um “gestor externo”, terceirizado, alheio aos quadros do Judiciário, para administrar a Justiça do país, devendo o juiz ser o gestor de sua própria instituição⁶³.

No mesmo sentido, Eugenio Raul Zaffaroni:

A única forma de romper com este perfil produzido pela deterioração da burocratização ou pelas profundezas do primitivismo judiciário, é conceber o juiz como integrado plenamente e por direito próprio sociedade civil, quer dizer, o juiz cidadão, que participa das inquietações, dos movimentos e das necessidades da vida coletiva⁶⁴.

Esse novo conceito de Administração deverá se contextualizar dentro da idéia de “governança pública”. Essa ideia reflete um conjunto de práticas que leva a uma condução responsável do Estado. É, pois, um modelo que exige que “os governos sejam mais eficazes em um marco de economia globalizada, atuando com capacidade máxima e garantindo e respeitando as normas e valores próprios de uma sociedade democrática⁶⁵”. Esse modelo deve se impor também ao Poder Judiciário, uma vez que, como se disse, também exerce atividade administrativa. E o juiz deve abraçar o seu papel de gestor público.

62 FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995, p.31.

63 LEME, Elton. *O juiz como gestor*. In Cadernos FGV Projetos. Maio/junho 2010, ano 5, n. 12, p.20-23.

64 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 185.

65 OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 214.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Função Correicional dos Tribunais e Deveres do Magistrado. *Revista CEJ*. Brasília, n. 28, p.54-63, jan/mar. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

CARVALHO, Jose Murilo. *A Construção da Ordem*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

HOLLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

FERREIRA, Waldemar. *História do Direito Brasileiro*. Vol1.

FOLHA DE S. PAULO, 09 de dezembro de 2004. Tendências/Debates.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Corregedorias do Poder Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEME, Elton. *O juiz como gestor*. In Cadernos FGV Projetos. Maio/junho 2010, ano 5, n. 12.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

Nota da AJUFE. Disponível em: <http://www.ajufe.org.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4238:ajufe-rebate-declaracoes-do-presidente-do-stf&catid=52:destaque-2e3>. Acesso em 12/10/2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Revista Istoé, reportagem disponível em: <<http://www.istoe.com.br/reportagens/detalhePrint.htm?idReportagem=12841&txPrint=completo>>.

SADEK, Maria Tereza. *Controle Externo do Poder Judiciário* in Reforma do Judiciário. Maria Tereza Sadek (org). São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO CONTRATO
ADMINISTRATIVO NO BRASIL À SOMBRA DO
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO ATÉ A PROMULGAÇÃO DO
DECRETO-LEI Nº 2.300/86 E, POSTERIORMENTE, DA LEI Nº
8666/93, NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*THE LEGISLATIVE EVOLUTION OF THE ADMINISTRATIVE
CONTRACT IN BRAZIL IN THE SHADOW OF THE BIDDING PROCESS
UNTIL THE PROMULGATION OF DECREE-LAW Nº 2.300/86 AND,
SUBSEQUENTLY, OF LAW Nº 8666/93, IN A DEMOCRATIC STATE*

Natália Ciscotto Ferreira

*Coordenadora-Geral de Procedimentos Disciplinares do Ministério da Agricultura,
Pecuária e Abastecimento. Especialista em Direito Administrativo pela Escola de Governo
da Fundação João Pinheiro e Mestranda em Direito e Políticas Públicas no Uniceub.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desenvolvimento; 1.1 Primeiro Período: evolução legislativa dos contratos administrativos no Brasil até a promulgação do Decreto-Lei n. 2.300/86; 1.1.1 Considerações Preliminares - tratamento da matéria no século XIX na Europa e os Reflexos no Brasil; 1.1.2 Evolução no século XX até o ano de 1986; 1.2 Evolução legislativa dos contratos administrativos no Brasil após a promulgação do Decreto-Lei n. 2.300/86 e antes da Constituição Federal; 1.3 Evolução legislativa dos contratos administrativos no Brasil após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 até 1993; 2 Conclusão; Referências

RESUMO: No presente artigo trata-se do desenvolvimento legislativo pátrio, a partir do século XIX até a promulgação da Lei 8.666/93, a respeito de contrato administrativo. Inicia-se a abordagem no Século XIX, até no Século XX, tratando especialmente do Decreto nº 4.536, de 28.01.1922, denominado Código de Contabilidade Pública, primeira legislação que o regulamentou, no âmbito de um arcabouço maior. Apenas em 21.11.1986, com o advento do Decreto nº 2.300, é que se sistematizou, pela primeira vez, em norma específica, o contrato administrativo. A grande novidade da normativa está em seu Capítulo III, no qual há disposições normativas específicas sobre formalização, alteração, execução, inexecução, rescisão e penalidades contratuais. A partir de então, o direito administrativo brasileiro passa a ter uma legislação formal que compilou a matéria de contrato administrativo e embasa as interpretações doutrinárias. Com a edição da Constituição Federal de 1988, que modifica a forma de Estado para Democrático de Direito, há a necessidade de nova regulamentação da matéria, por lei ordinária, que esteja em estreita consonância com os novos preceitos constitucionais por ela dispostos, o que resulta na promulgada da Lei 8.666/93.

PALAVRAS-CHAVE: Evolução legislativa. Contrato Administrativo no Brasil.

ABSTRACT: In this paper it is the legislative development of country, from the nineteenth century to the enactment of Law 8.666/93, regarding administrative contract. Starts to approach in the nineteenth century until the twentieth century, especially dealing with the Decree nº. 4536 of 28.01.1922, called Code of Public Accounts, the first legislation that regulated within a larger framework. Only on 21.11.1986, with the advent of Decree nº. 2300, which is codified for the first time in a specific rule, the administrative contract. The big news is the rules in its Chapter III, in which there are specific legal provisions on formalization, modification, execution, non-performance, termination and penalties. Since then, the Brazilian administrative law is replaced by a formal legislation that compiled the matter of contract administration and underlies the doctrinal interpretations. With the enactment of the Federal Constitution of 1988, which modifies the form of government to a democratic, there is a need for new regulation of the matter, by ordinary law, which is strictly in line with the new constitutional ready for it, which results promulgated the Law 8.666/93

KEYWORDS: Legislative Developments. Administrative Contract in Brazil.

INTRODUÇÃO

Tem-se por objeto do presente artigo a análise criteriosa da evolução legislativa, no direito pátrio, do contrato administrativo, instituto do ramo do direito administrativo, desde meados do século XIX até a promulgação da Lei Federal nº 8.666 em 1993.

Neste enredo, o tema será delineado a partir de uma análise histórica da citada evolução, por meio da técnica de pesquisa teórica, com base na legislação brasileira, por meio da qual se observa que a evolução do contrato administrativo, no âmbito legislativo, ocorreu à sombra do procedimento licitatório.

Tendo em vista a extensão da abordagem, a análise sobre o desenvolvimento legislativo pátrio quanto ao presente instituto é realizada de meados do século XIX até a promulgação da Lei 8.666/93.

Para tanto, são abordados dois marcos na linha evolutiva do contrato administrativo no Brasil, quais sejam, o Decreto-lei nº 2.300/86 e a Lei nº 8.666/93, dois instrumentos legais que marcaram a evolução do instituto administrativo.

Assim, o desenvolvimento do trabalho se divide em duas fases, sendo que a primeira se inicia em meados do século XIX e se alonga até a promulgação do Decreto Lei. 2.300/86 e é subdividida em dois períodos, um que aborda considerações preliminares quanto ao tratamento do instituto na Europa no século XIX e seus reflexos no Brasil, em meados século XIX, cuja parca legislação existente dispunha implícita e superficialmente, sobre contratação pela administração pública, à sombra do enfoque explícito quanto aos procedimentos prévios e outro período, que remonta à evolução do contrato administrativo desde o início do século XX até a promulgação do Decreto Lei. 2.300/86.

Em seguida, é apresentada a segunda fase, que se fragmenta em duas etapas. Sendo a primeira, a que tem como termo inicial a publicação do Decreto Lei nº 2.300, de 1986 (legislação brasileira que, pioneiramente, dispõe sobre o contrato administrativo como um instrumento autônomo e independente dos procedimentos licitatórios) e como termo final a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. E, a segunda etapa, que se inicia com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, institucionalizadora do Estado Democrático de Direito e tem seu término com a edição da Lei Federal nº 8.666, de 1993, que traduz o apogeu da normatização do instituto em análise.

Com esta exposição, se almeja demonstrar que o citado instituto, por um longo período, mais precisamente, até a publicação do Decreto Lei nº 2.300, de 1986, se desenvolveu à sombra dos procedimentos

preparatórios da contratação pela Administração Pública, hoje denominados procedimentos licitatórios e, ainda, que com o advento da Lei nº 8.666/93, as disposições quanto ao instituto se aperfeiçoaram e se adequaram às balizas do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Cidadã de 1988.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 PRIMEIRO PERÍODO: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL ATÉ A PROMULGAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 2.300/86

1.1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES - TRATAMENTO DA MATÉRIA NO SÉCULO XIX NA EUROPA E OS REFLEXOS NO BRASIL

O entendimento quanto ao contrato administrativo, advindo especialmente dos estudos franceses, chegou ao Brasil, influenciando tanto a legislação como a doutrina pátria.

Assim, a noção teórica de contrato administrativo chega ao Brasil, ainda no século XIX, mas de firma apenas no século XX, já que no século XIX, havia ação administrativa de contratar por parte do Império, mas não havia maiores preocupações em formalizar um tratamento legal especificamente sobre a matéria.

Neste ensejo, verifica-se que no século XIX o Brasil império celebra contratos com os particulares, especialmente na modalidade de concessão e, que já utiliza prerrogativas legitimadas no interesse geral e em detrimento do interesse particular, não existindo nem mesmo garantias que resguardassem o contratante em face do abuso autocrático do Estado.

Desta feita, no Século XIX, não se encontrava uma abordagem específica quanto a contrato administrativo, mas tão somente legislações esparsas que, indiretamente dispunham sobre ele, ao tratar, diretamente, sobre o que seriam os procedimentos prévios à contratação.

Dentre tais normas, merece destaque o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1892, que aprovou o regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas e mesmo que subsidiariamente, dispôs sobre a execução do contrato firmado entre o particular arrematante e Governo.

Se no “CAPÍTULO I - DO PROCESSO DE ARREMATACÕES”, cuidou de dispor sobre as normas referentes ao procedimento de arrematação, cujo trâmite tem certa similaridades com o procedimento

das atuais modalidades licitatórias, que não é o enfoque do presente, já no CAPÍTULO II – DAS CLÁUSULAS GERAES DAS ARREMATACÕES, estabeleceu determinações quanto à contratação do particular pela Administração Pública.

Assim, no primeiro artigo do capítulo, qual seja, o artigo 10, dispõe que os arrematantes se obrigam às cláusulas gerais do capítulo e passa a descrever sobre as tais cláusulas gerais, abordando:

- 1 - a caução (artigo 11) e a fiança (artigo 12);
- 2 - que os documentos anexos aos contratos são parte integrantes deste e que o arrematante tem direito à cópia dos documentos que assinar (artigo 13);
- 3 - que não poderá haver subdelegação da execução do contrato sem autorização prévia do Governo, cuja inobservância da disposição enseja rescisão contratual (artigo 14);
- 4 - que durante a execução pode ser conveniente alterações e modificações aos projetos primitivos e que elas devem ser executadas pelos arrematantes e que, o aumento ou diminuição do trabalho, acarreta também respectiva variação no contrato, esta, caso superior a um quinto, enseja ao arrematante, direito de rescisão do contrato (artigo 18);
- 5 - caso, observados vícios ou defeitos das obras, o arrematante se recusar ou contestá-los, o assunto é levado à tutela jurisdicional (artigo 21);
- 6 - que o pagamento será realizado conforme fixado no contrato (artigo 28), mas que o arrematante não tem direito a qualquer indenização pela demora do pagamento (artigo 33), bem como não tem direito à indenização por perdas, nem mesmo por força maior (artigo 31);
- 7 - que é lícita a ocorrência da cessação ou suspensão do trabalho pelo Governo (artigo 34), mesmo sem culpa do arrematante, e que, neste caso, terá direito à indenização pelas despesas realizadas (artigo 35) e, por fim;

- 8 - que as dúvidas quanto as cláusulas gerais e especiais do contrato, que demandem brevidade em serem dirimidas, devem ser solucionadas pelo Ministério (artigo 38).

Diante das exposições, se constata que o citado Decreto tratou de algumas questões referentes à execução contratual, várias delas demonstrando as prerrogativas do Governo em detrimento do particular, umas não mais tuteladas pela legislação vigente e outras ainda dispostas, entretanto que, o que mais interessa, o procedimento da execução do contrato era observado como uma decorrência do processo de arrematação, prévio àquele e enfoque primordial da legislação, tanto que a normativa jurídica, ao designar o particular, em momento algum o denomina contratante, mas sempre arrematante, demonstrando assim, pela própria designação dele, que o objeto da disposição legal era o procedimento prévio à contratação pela Administração e não essa, enquanto ato final, que dirá a apreciação da modalidade contrato administrativo.

O que parece é que nesta época o legislador nem mesmo cogitava a idéia de estabelecer critério legal específico à contratação pela Administração, desvinculada das normativas quanto ao procedimento prévio e tão menos em avançar, estabelecendo disposições específicas ao contrato administrativo.

1.1.2 EVOLUÇÃO NO SÉCULO XX ATÉ O ANO DE 1986

No início do século XX, constata-se efetivamente a influência da doutrina francesa quanto a matéria contrato administrativo no direito pátrio, sendo uma categoria de contrato, submetido a regras de um regime administrativo especial, introduzido no Brasil a partir do estudo sobre contratos de concessões de serviços públicos. Mas mesmo assim, não ocorreram significativas novidades quanto à abordagem legislativa do tema, já que o contrato administrativo não era enfoque de legislação formal, havendo, somente disposições esparsas em diversas legislações vigentes à época.

As tais normas eram: Leis nº 2.221, de 30 de dezembro de 1909, nº 3.232, de 05 de janeiro de 1917, nº 3.454, de 06 de janeiro de 1918 e nº 3.991, de 05 de janeiro de 1920, que ao determinarem regras orçamentárias e de despesas e dispor sobre certa espécie de concorrência precedente à contratação, a esta fazia menção superficialmente.

Todavia, em 1922 se destaca o Decreto nº 4536, de 28 de janeiro, como legislação demarcatória da apreciação legal da matéria, denominado Código de Contabilidade da União, que já previa em seu capítulo IV,

intitulado “Da Despesa Pública”, artigos pertinentes, como não poderia ser diferente, ao procedimento prévio, denominado concorrência pública e, logo em seguida, aos contratos firmados pela União, iniciando-se as disposições específicas no artigo 54, que dispunha sobre requisitos de validade do contrato, passando pelos artigos 55 e 57, que determinavam que os contratos firmados pela União deveriam ser submetidos à fiscalização do Tribunal de Contas da União - TCU pelo artigo 56, que estabelecia sobre a necessidade de caução em todos os contratos.

Desta forma, tem-se que, mesmo sendo regras referentes ao gênero, contratos firmados pela Administração, também são aplicáveis à espécie, contrato administrativo.

Isto fica mais claro com o advento do Decreto nº 15.783, de 08 de novembro de 1922, por meio do qual foi aprovado o regulamento para a execução do Código de Contabilidade Pública e, em seu título VII, tratou das normas administrativas que deveriam preceder ao empenho das despesas, dispondo especificamente no capítulo II deste, sobre os Contratos.

Em continuidade à sistematização vigente sobre as disposições legais quanto à matéria, primordialmente tratou no capítulo I do procedimento prévio, intitulado “DAS CONCURRENCIAS” e, em seguida, no capítulo II, designando “DOS CONTRACTOS”, tratou de estabelecer mais minuciosamente, disposições legais sobre os contratos.

O Capítulo em tela abarcou os artigos 764 a 802 se subdividiu em quatro seções, a seção I que estabeleceu normas gerais, a II, que expôs sobre “Estipulação dos contractos”, a III, que tratou da “Aprovação dos contractos” e, finalmente, a IV, que determinou normas sobre a “Execução dos contractos”.

Cita-se neste enredo, aos artigos dispostos em cada uma das seções que são mais importantes à presente abordagem.

Na seção I, intitulada “Normas Geraes” tem-se o primeiro artigo, qual seja, 764 que determina: “*São providos mediante contracto todos os fornecimentos, transportes, aquisições, alienações, aluguéis ou serviços relativos aos diversos departamentos da administração pública.*”

Aqui se observa que a legislação abarca tudo que pode ser objeto de contratação pela Administração, mas não distingue qual objeto seria satisfeito mediante contrato privado ou administrativo, firmado pela Administração.

Em seguida, no artigo 766, estabelece que os contratos administrativos, quanto ao acordo de vontade e ao objeto, seriam regulados por normas de direito civil e quanto à sua estipulação, aprovação e execução, por normas administrativas, dispostas no presente capítulo.

Admite então, a derrogação do regime de direito comum, por normas do regime especial de direito público, quanto à estipulação, aprovação e execução, aparecendo, portanto, pela primeira vez, formalmente e em um âmbito geral, (pois aplicada a todos os órgãos da União), a idéia do regime especial de direito público que regem os contratos da Administração.

Já no artigo 767, alíneas “a” a “i” estabelece os requisitos de validade dos contratos, dos quais destaca-se de “a” a “e”, pois, respectivamente, tratam da competência (autoridade administrativa competente), da finalidade (serviço a que se vincula o objeto), da vinculação legal (a lei que permite que o contrato seja firmado para a execução de um determinado objeto), do objeto (descrição minuciosa daquilo que foi contratado) e da vinculação do contrato ao procedimento prévio realizado.

No artigo 769 desta mesma seção, regulamenta a submissão do instrumento à análise do Tribunal de Contas da União, já tratado no Código de Contabilidade da União, mas neste enfoque, também quando prorrogado, suspenso ou rescindo o contrato.

Ratifica a necessidade de caução no artigo 770 e no último dispositivo da seção, artigo 772, prevê a possibilidade de a União firmar outros ajustes ou acordo, o que seria então, um primeiro precedente ao disposto no artigo 116 da Lei nº 8.666/93.

Na seção II, que trata, na realidade, do procedimento de formação dos contratos, do artigo 773 a 783, destaca-se o artigo 775, onde são elencadas, nas alíneas “a” a “f”, as ditas cláusulas essenciais, cuja ausência acarreta a nulidade contratual e que, como se pode perceber, correspondem aos requisitos de validade dos contratos, como referentes ao objeto (alínea “a”), à lei que o autoriza (alínea “c”), dentre outras que estabelecem diretamente questões pertinentes às obrigações contratuais das partes (alínea “b”), a garantias como caução e cláusula penal (alínea “d”), à previsão do Foro competente (alínea “e”) e à necessidade de registro no Tribunal de Contas da União (“f”). E ressalta em seu parágrafo que as demais cláusulas são acessórias.

E, registra-se também o artigo 777 que estabelece que o prazo contratual está adstrito ao prazo de 05 (cinco) anos, lapso temporal este que se observa nas disposições da Lei nº 8.666/93 quanto aos contratos de execução continuada.

Na seção III, ressalta-se que, após descrever, dos artigos 784 a 793, todo o trâmite necessário para que o contrato seja aprovado, finaliza o dispositivo por meio do artigo 794, estabelecendo que o contrato que estiver em concordância com as normas expostas e, registrado no

Tribunal de Contas da União – TCU tem força de título, para os fins legais e estão sujeitos às leis que regem os atos públicos.

Por fim, na seção IV, concernente à execução contratual, iniciada pelo artigo 795 e finalizada no artigo 802, cita-se o artigo 798 que prevê possibilidade de rescisão contratual, unilateralmente, pela Administração, mediante indenização do particular, mas mediante aprovação do Congresso Nacional, o artigo 799, que estabelece sobre a possibilidade da rescisão administrativa do instrumento, sem necessidade de interpelação judiciária e, o artigo 802, que dispõe que a tutela jurisdicional se aplica nos casos em que o particular reclame em face da Administração.

Em análise contínua da legislação vigente à época, observa-se que, em 25 de fevereiro de 1967, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 200, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e, como não podia ser diferente, não fugiu à sistemática de tratar expressamente dos procedimentos prévios à contratação e apenas, subsidiária, implícita e superficialmente, desta.

Desta forma, dispôs especificamente, no seu Título XII, designado “DAS NORMAS RELATIVAS A LICITAÇÃO PARA COMPRAS, OBRAS, SERVIÇOS E ALIENAÇÕES”, sobre o procedimento licitatório, fazendo referência ao contrato no âmbito destas disposições, mas estes sempre por estar vinculado àquele, como mera decorrência do processo prévio sob enfoque.

Registre-se que no título XIV, capítulo V, que tratam de normas gerais sobre matérias diversas, dispôs no artigo 166 que poderia haver exploração de interurbanos, diretamente pela Empresa Brasileira de Telecomunicações ou, indiretamente, mediante celebração contrato (portanto, modalidade de concessão de serviço público) por convênio ou delegação.

Mas, observa-se que nada dispôs especificamente sobre contratação pela Administração e muito menos sobre contrato administrativo.

A norma legal em questão, não trouxe assim, nenhum desenvolvimento no âmbito legislativo, quanto ao tema. Desta forma, a matéria contrato administrativo permaneceu sob o enfoque do Código de Contabilidade da União, de 1922 que, como visto, dispunha de forma superficial (e não específica) sobre a matéria, o que, segundo Hely Lopes¹ propiciou, por vezes, equivocada interpretação doutrinária sobre os contratos administrativos à época, ensejando também, por outro lado, impasse na jurisprudência pátria.

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 179.

Assim, a alteração substancial e profunda do quadro em questão quanto ao contrato administrativo vem a ocorrer em 1983, apenas seis décadas após a promulgação do Código de Contabilidade da União, com o advento do Decreto-Lei nº 2.300.

1.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NOS BRASIL APÓS A PROMULGAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 2.300/86 E ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Em 1986 chega-se ao ápice do tratamento legislativo quanto à matéria, com o advento da publicação do Decreto-Lei nº 2.300, em 21 de novembro de 1986, que dispôs sobre licitações e contratos da Administração Federal configurando a primeira legislação brasileira que especificamente tratou de contratos da Administração em legislação própria à matéria.

Antes de adentrar especificamente às modificações trazidas à baila pela normativa jurídica, informa-se que seus dispositivos revogaram diversas normativas, especialmente quanto aos procedimentos licitatórios, tais como o Decreto nº 185, de 23 de fevereiro de 1967, que estabelecia normas para a contratação de obras e para a revisão de preços em contratos de obras ou serviços a cargo do governo federal, a Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968, que dispunha sobre a aplicação aos Estados e Municípios das Normas Relativas às Licitações Previstas no Decreto Lei nº 200, de 1967, e algumas disposições deste, que preconiza sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

Ainda, revogou a Lei nº 5.721, de 26 de outubro de 1971, que determinava normas relativas às licitações e alienações de bens do Distrito Federal e a Lei nº 6.946, de 17 de setembro de 1981, que atualizava os limites de valor aplicáveis às diferentes modalidades de licitações, simplificava a organização de cadastros de licitantes e dava outras providências.

A normativa em questão, marco inicial da evolução legislativa quanto à matéria específica, estabeleceu já em seu primeiro artigo: “*Art 1º. Este decreto-lei institui o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica*”.

Assim, foi a primeira normativa que abordou a matéria, em enfoque direto, uma análise específica, autônoma e independente das disposições sobre procedimentos prévios e neste enredo, revolucionou o tratamento

da matéria trazendo expressos em seu Capítulo III dispositivos específicos à regulação exclusiva aos contratos firmados pela Administração.

E, em que pese ter sofrido alterações trazidas pelo Decreto nº 2.348, de 1987, não foi substancialmente modificado, apenas melhorado.

O capítulo, subdivido em cinco seções, abarcou as mais diversas determinações sobre a matéria, incluindo não apenas aquelas já anteriormente dispostas nas legislações não específicas, como outras nunca antes expostas.

Inicialmente, na seção I, trouxe as “Disposições Preliminares”, na seção II tratou da “Formalização dos Contratos”, na III, “Da Alteração dos Contratos”, na IV, “Da Execução dos Contratos”, na V, “Da Inexecução e da Rescisão dos Contratos”.

Neste capítulo, é possível observar que lei recepcionou várias teses e entendimentos defendidos pela doutrina e jurisprudência até então, especialmente quanto ao regime jurídico especial de direito público, que rege o contrato administrativo.

Tendo em vista a enorme gama de dispositivos legais expressos no corpo do texto legal, traz-se à baila apenas os principias. Assim, já na primeira seção, que abarca do artigo 44 a 49, tem-se em seu primeiro artigo, 44, a novidade substancial do tratamento da matéria, da qual decorrerá, direta ou indiretamente, todas as demais disposições legislativas, *verbis*: Art.44. Os contratos administrativos de que trata este Decreto-lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, disposições de direito privado.

Desta forma, pela primeira vez, além de se notar a expressão “contrato administrativo” especificamente, em uma norma legal, ela, expressamente dispõe o que já estava assente na doutrina e jurisprudência, de que os contratos administrativos submetem-se ao regime de direito público e apenas, supletivamente, ao privado.

Assim, por critério legal, reconhece-se o regime jurídico especial de direito público que regulamenta os contratos administrativos.

O seu artigo 45 estabelece as cláusulas necessárias ao contrato, das alíneas I a X, abrangendo não só aquelas anteriormente tratadas Código de Contabilidade da União, como outras já dispostas na formalização do contrato, mas não amparadas como cláusulas necessárias. São elas:

I – objeto, II – regime de execução, III – preço, condições de pagamento e critérios de reajuste, IV – os prazos, V – a indicação dos recursos financeiros, VI – as garantias à execução, VII – as responsabilidades das partes, bem como multa e penalidade pela inadimplência, VIII – os casos de rescisão, IX – os direitos da Administração quando da

rescisão administrativa e X- as condições de importação quando for o caso. Ainda, no parágrafo único, estabeleceu o foro do Distrito Federal como competente a julgar quaisquer questões referentes a contratos firmados pela União e suas autarquias com entidades domiciliadas no exterior.

No artigo 46 submete a exigência de garantia à discricionariedade da autoridade competente e desce a minúcias várias quanto à sua estipulação, bem como às espécies de garantias: caução em dinheiro, fiança bancária e seguro garantia.

No artigo 47 ratifica o entendimento anteriormente disposto de que a duração dos contratos está vinculada à vigência dos créditos e aqueles relativos ao orçamento plurianual, adstritos a cinco anos, prorrogados mediante interesse da Administração.

O parágrafo primeiro já afirma como prerrogativa da Administração, a possibilidade de prorrogação dos prazos contratuais, a critério exclusivo seu, mediante a ocorrência de fatos como a alteração do projeto inicial, fato superveniente, excepcional e imprevisível, alheio à vontade das partes, mas que enseja alteração das condições da execução do contrato, a interrupção ou desaceleração da execução, por ordem da Administração, impedimento da execução do contrato, por ato ou fato de terceiro e, impedimento ou retardamento na execução devido a omissão ou atraso pela Administração.

Pelo artigo 48, direta e claramente, expressa que o regime jurídico público a que os contratos administrativos estão submetidos, conferem à Administração prerrogativas, sendo, portanto, um regime especial, diferente do regime de direito comum.

Tais prerrogativas da Administração viriam a ser intituladas cláusulas exorbitantes, presentes no regime de direito público e derogatórias de direitos abarcados pelo direito privado.

São elas, segundo o artigo 48 do Decreto-Lei:

I – modificação unilateral dos contratos pela Administração, para melhor adequação ao interesse público, II- extinção unilateral nos casos previstos no próprio Decreto; III- fiscalização da execução do contrato, IV- aplicação de sanções devido à inexecução contratual, seja parcial ou total.

Já no derradeiro artigo da seção, o 49, abarca a questão da nulidade do contrato, o que não impede que a Administração indenize o particular pelo gasto já realizado, quando este não é culpado da nulidade.

Na seção II, que engloba as normativas sobre, especificamente, a formalização dos contratos, iniciando-se no artigo 50 e finalizando no artigo 54, dispõe: no artigo 50, do lugar da formalização como sendo a repartição pública e da invalidade do contrato verbal, no artigo 51 do que deve ser mencionado no preâmbulo contratual e da necessidade de publicação de seu extrato no Diário Oficial da União, no artigo 52 deixa claro que as disposições quanto às cláusulas necessárias, prerrogativas da Administração e necessidade de indenização do particular nos casos de nulidade do contrato sem sua culpa são aplicadas aos contratos de seguro, financiamento e locação, sendo o Estado locatário, mesmo sendo estes, regidos, substancialmente por normas de direito privado.

Por meio da seção III, ficam estabelecidas as normas pertinentes à alteração contratual, todas expressas no único artigo da seção, o artigo 55, que determina no inciso I, alíneas “a” e “b”, quando há a alteração unilateral pela Administração (melhor adequação do projeto aos objetivos e modificação do valor contratual conforme a alteração quantitativa do objeto, respectivamente) e no inciso II, alíneas “a” a “d”, por acordo entre as partes, registrando-se a última, quando há a necessidade de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

Ainda, preleciona do parágrafo primeiro que o contratante é obrigado a aceitar, nas mesmas condições, os acréscimos ou supressões que a Administração fizer ao contrato, seja de 25% ou 50%, conforme o caso. Sendo esta também uma prerrogativa da Administração em detrimento do particular.

Por outro lado, na seção IV dispõe sobre normas específicas à execução contratual. Inicia-se no artigo 56 e se finda no artigo 66, ressaltando no artigo 56 a obrigação das partes de executarem fielmente o contrato, no 57, o direito-dever da Administração designar um representante como fiscal da execução contratual e, no artigo final, 66, que a Administração tem o direito de rejeitar o produto da execução do contrato, quando em desalinho com o disposto no instrumento contratual.

Por fim, na seção V, concernente à inexecução e rescisão contratual, iniciada pelo dispositivo 67 e finda no artigo 70, constata-se que já no primeiro artigo (67) dispõe sobre a possibilidade de rescisão do contrato, ensejada pela sua inexecução total ou parcial.

No artigo seguinte, o 68, dentre os mais diversos motivos que ensejam a rescisão, além daqueles decorrentes da inadimplência por parte do particular (I a X e XII) tem-se também os alheios a vontade das partes (XVIII), os provenientes das ações da Administração (XIV

a XVII), e ainda, das suas prerrogativas, como é o caso do inciso XI, que leva em conta a discricionariedade da Administração em rescindir o contrato, devido à modificação da finalidade ou estrutura da empresa contratada e do inciso XIII, que estabelece a possibilidade de rescisão por “razões de interesse público”.

Ainda, registre-se que o capítulo imediatamente posterior a este (III – Dos Contratos) também pertine aos contratos, pois enfoca certas conseqüências advindas da inexecução total ou parcial ou ainda, má execução dos contratos, é o capítulo IV- Das Penalidades.

Enfim, no Capítulo VI – Disposições Finais e Transitórias, ressalta-se as disposições referentes aos contratos: no artigo 79, sobre sua fiscalização pelo Tribunal de Contas da União, no artigo 82, quanto à previsão dos demais “acordos” e no artigo 86, por meio do qual está expressamente regulamentada a especificidade quanto à aplicação das regras às sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas pela União.

Ressalta-se, por outro lado, que as disposições deste Decreto-Lei foram regulamentadas pelo Decreto nº 30, de 7 de fevereiro de 1991, que no artigo 10 especificou o assunto pertinente à rescisão contratual deste instrumento, quando tivesse por objeto a prestação de serviço público.

A partir de então, há no direito administrativo pátrio uma legislação formal que sistematizou a matéria de contrato administrativo, contribuindo, em um passo verdadeiramente histórico, marco na evolução legislativa administrativa, para a evolução das elucidações sobre contrato administrativo no Brasil.

Isto porque tanto a doutrina administrativista como a jurisprudência pátrias passaram a utilizar o critério legislativo para embasar suas interpretações e uniformizar seus respectivos entendimentos sobre a matéria, o que contribuiu, em última análise, significativamente, para o desenvolvimento do contrato administrativo no Brasil.

Assim, o Decreto-lei nº 2.300/86, foi a primeira norma legal que sistematizou a matéria de contrato administrativo e que, em um passo verdadeiramente histórico, marcou a sua tratativa legal retirando sua análise da “sombra” da apreciação dos procedimentos prévios.

Foi assim que o Decreto-lei em voga contribuiu para que o instituto em exame fosse apreciado de forma independente e autônoma, tendo, portanto, a tratativa merecida em legislação específica, de acordo com sua importância dentro do arcabouço do direito administrativo.

1.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NOS BRASIL APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 ATÉ 1993

A novidade neste período é que a Carta Magna de 1988 trouxe em alguns dispositivos, determinações, a respeito de certos tipos de contratos administrativos.

No “título III - DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA”, “Capítulo I – DA UNIÃO”, dispõe no artigo 21, incisos XII e XIII, alínea “b”, como competência material da União, a exploração direta, ou mediante autorização, concessão ou permissão, de certos recursos ou serviços.

Desta forma, expressamente previu a possibilidade de a União firmar contratos administrativos com particulares, a fim de viabilizar certas atividades estatais, como instalações nucleares.

Outra novidade significativa trazida à baila pela Carta Maior de 1988 é o artigo 22, inciso XXVII, por meio do qual delimita, claramente, como competência privativa da União, legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos.

A matéria relativa a contrato era, até então, objeto de competência privativa de cada ente político, de forma que, a partir da Carta Magna de 1988, fica estabelecido que a União é competente para legislar sobre normas gerais e que aos Estados, Distrito Federal e Municípios, compete estabelecer as normas suplementares.

Já no Capítulo VII deste mesmo título, ao tratar da Administração Pública, estabelece no artigo 37, inciso XXI, como normativa constitucional, a determinação de prévia licitação às contratações públicas quanto a obras, serviços, compras e alienações, realizadas nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, seja de administração indireta ou direta.

Por fim, no seu “Título VII – DA ORDEM ECONOMICA E FINANCEIRA”, “Capítulo I – DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONOMICA”, preleciona no art. 173, parágrafo 1º combinado com o inciso III, que o estatuto jurídico, proveniente de lei, referente às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, deve prever normas de licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

E, ainda, no artigo 175 determina, expressamente, sobre a possibilidade de a Administração prestar serviço público por meio de concessão.

Assim, pode-se perceber que a Carta Magna recepcionou o já disposto no Decreto-Lei nº 2.300/86, mas trouxe ao âmbito constitucional as normas específicas aos contratos administrativos, apenas estabelece alguns dispositivos referentes à possibilidade de os entes federados firmarem contratos administrativos, especialmente na modalidade concessão e determina, expressamente, a necessidade de licitação prévia à celebração contratual entre as entidades e órgãos dos entes de federados e os particulares.

Mas, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito e prever que a Administração Pública, no âmbito desta nova forma de Estado, deve obedecer a princípios como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros, tornou imperiosa a elaboração de uma norma legal específica que adequasse a matéria ao novo amparo constitucional.

Diante desta premente necessidade, em 21 de junho de 1993 foi promulgada a Lei nº 8.666, por meio da qual foram dispostos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais já assentes quanto ao contrato administrativo, bem como recepcionados, dispositivos já expressos no Decreto-Lei nº 2.300/86, agora, de forma adequada às disposições ao Estado Democrático de Direito, estatuído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

E, embora seja de notório saber que a legislação citada, ora em vigor, apresenta falhas, não há como negar que é marco do tratamento legal sobre a matéria, no âmbito do Estado Democrático de Direito e que, ao recepcionar diversas disposições do Decreto-lei nº 2.300/86, apenas adequando-as ao novo Estado, como se pode perceber pela similaridade das determinações no corpo de ambos instrumentos legais, ratificou o fato de que realmente foi o Decreto-lei ora citado.

2 CONCLUSÃO

Diante do presente estudo, constata-se, primeiramente que no Brasil – Império do século XIX, embora houvesse ação administrativa de contratar, não existia legislação específica em um âmbito geral e que pudemos apenas extrair da legislação esparsa desta época o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1892, que aprovou o regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas e mesmo que subsidiariamente ao procedimento de arrematação, dispôs sobre a execução do contrato, no seu capítulo II.

A citada normativa traduz que, realmente, nesta época, a legislação quanto aos contratos se desenvolvia à sombra dos procedimentos

prévios. Isto porque, ela trouxe em seu corpo normativo, normas que, mesmo intituladas cláusulas gerais da arrematação eram, na realidade, concernentes à formalização e execução do contrato.

Por outro lado, mesmo que as normas sobre contrato tenham sido tratadas subsidiariamente às regras de procedimento licitatório, elas se faziam presentes na legislação, mesmo que esta não fosse geral a todos os órgãos da União, mas relativa a apenas um.

Já no Século XX, constatam-se legislações esparsas que, ao tratar de outras matérias, como orçamentos e despesas, ou ainda, espécie de concorrência precedente à contratação, referiam-se implicitamente à contratação pela Administração, especialmente no que atine à concessão, mas não se ocupavam especificamente da matéria contratos. Assim, o tratamento deste continuava vinculado e subsidiário ao disposto aos procedimentos prévios.

Mas em 1922, o cenário se alterou, uma vez que o Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, denominado Código de Contabilidade da União, dispôs, neste âmbito, um capítulo específico a Contratos, inserindo, no bojo deste, diversas normativas.

Pela primeira vez, os contratos foram observados especificamente e fora do âmbito das normas quanto aos procedimentos prévios, em análise mais substancial, em regras explícitas e não mais implícitas no arcabouço de outras.

A alteração aqui é significativa, mas ainda não se chegou ao ápice, uma vez que, embora a citada normativa tenha ampliado as regras quanto à matéria, de maneira uniforme, para todos os órgãos da União, tais dispositivos legais ainda estavam inseridos, subsidiariamente, em um âmbito amplo e diverso, pertinente à regulação da contabilidade e não em uma legislação específica a contratos.

Mas mesmo assim, não há como negar que o citado Decreto trouxe a novidade de tratar os contratos, de modo uniforme, no âmbito União, ampliando o tratamento, bem como, neste âmbito, tecer a matéria a minúcias, pela primeira vez.

E isto, traduz uma evolução quanto à ampliação e aprofundamento do tema, mesmo que a abordagem não seja por uma legislação exclusivamente específica a contratos.

Nesse ensejo, até quase final do século XX, o contrato administrativo não tinha sido sistematizado no Brasil, em legislação específica, pois apenas o Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, denominado Código de Contabilidade da União, era a única legislação a estabelecer, no âmbito de um arcabouço maior, normas jurídicas, mesmo que em linhas gerais, sobre contrato administrativo, de forma que esta

situação se alterou apenas com a promulgação do Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, já que, como visto, nem o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que reestruturou a organização administrativa federal, trouxe inovação expressa quanto à matéria que, consequentemente, continuou regulada pelos dispositivos do Código de Contabilidade.

Somente no final da década de 80, com o advento do Decreto nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, legislação brasileira que, pioneiramente, dispõe sobre o contrato administrativo como um instrumento autônomo e independente dos procedimentos licitatórios, é que se sistematizou, em norma específica, a regulamentação quanto ao contrato administrativo.

O Decreto-lei, além de ter sido a primeira legislação específica a cuidar exclusivamente do assunto, em âmbito próprio, detalhando e aprofundando as disposições sobre o tema, sendo o ápice do tratamento legislativo quanto ao assunto, também provocou uniformização na interpretação doutrinária e também ratificou várias questões já assentadas na jurisprudência.

Portanto, é marco teórico no estudo da evolução do contrato administrativo, pois além de retirar, definitivamente, as normas referentes a contrato administrativo da sombra das regras de procedimentos licitatórios, figura como o primeiro critério legislativo a embasar as elucidações da doutrina e jurisprudência.

Ainda, pode-se perceber que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, se por um lado estabelece alguns dispositivos referentes aos contratos administrativos, especialmente na modalidade concessão, mas não aprofunda na matéria, por outro, ao firmar o Estado Democrático de Direito e prever que a Administração Pública, no âmbito desta nova forma de Estado, está submetida a certos princípios constitucionais e balizas democráticas de direito, tornou imprescindível a elaboração de uma norma legal específica, que adequasse a matéria ao novo amparo constitucional.

Assim, o que se pode concluir é que a mais importante alteração no que se refere ao tratamento constitucional dado à matéria é que restou demonstrada a necessidade de que houvesse nova regulamentação da matéria, por lei ordinária, conforme previsão constitucional e que estivesse em estreita consonância com os preceitos constitucionais dispostos na Carta Magna de 1988.

Diante desta necessidade, foi promulgada a Lei nº 8.666/93, por meio da qual foram dispostos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais já assentes quanto ao contrato administrativo, bem como recepcionados, dispositivos já expressos no Decreto-Lei nº 2.300/86, como, se ressalte, quanto ao regime jurídico especial de direito público que regulamenta os contratos administrativos, e às prerrogativas da administração, hoje conhecidas como cláusulas exorbitantes.

E, embora seja de notório saber que a legislação citada, ora em vigor, apresenta falhas, não há como negar que é marco do tratamento legal sobre a matéria, no âmbito do Estado Democrático de Direito e que, ao recepcionar diversas disposições do Decreto-lei nº 2.300/86, apenas adequando-as ao novo Estado, (como se pode perceber pela similaridade das determinações no corpo de ambos instrumentos legais), ratificou o fato de que, realmente, foi o Decreto-lei ora citado, que alterou o cenário da tratativa legislativa quanto à matéria, significando o primeiro critério legal a embasar, substancialmente as disposições doutrinárias e jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*, Brasília, 2010.

BRASIL, *Decreto nº 4536, de 28 de janeiro de 1922*, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

BRASIL, *Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1892*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL, *Decreto nº 15.783, de 08 de novembro de 1922* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL, *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL, *Decreto-Lei nº 2.300, em 21 de novembro de 1986*, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL, *Lei nº 2.221, de 30 de dezembro de 1909*, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL, *Lei nº 3.232, de 05 de janeiro de 1917*, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL, *Lei nº 3.454, de 06 de janeiro de 1918*, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL, *Lei nº 3.991, de 05 de janeiro de 1920*, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo*, Tese de Livre-Docência, USP, 2010.

**A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA
ARBITRAGEM NO BRASIL E SUA APLICABILIDADE
NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
EM GERAL: A ARBITRABILIDADE ESTATAL COMO
UM DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

*THE HISTORICAL EVOLUTION OF THE INSTITUTE OF ARBITRATION
IN BRAZIL AND ITS APPLICABILITY IN THE SCOPE OF
ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN GENERAL: ARBITRABILITY TO
SOLVE CONFLICTS WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION*

*Raquel Mousinho de Moura Fé
Procuradora de empresa pública federal
Mestranda em Direito e Políticas Públicas (UniCEUB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução histórica do instituto da arbitragem no Brasil; 1.1 O instituto da arbitragem no Brasil; 1.2 A arbitrabilidade do Estado; 2 Da arbitrabilidade do Estado nos Contratos Administrativos; 2.1 Arbitrabilidade estatal subjetiva; 2.2 Arbitrabilidade estatal objetiva; 3 Conclusão; Referências

RESUMO: A temática da arbitrabilidade, objetiva e subjetiva, em questões que envolvam a Administração Pública é ainda controvertida na doutrina e jurisprudência pátrias. Neste artigo, rememoramos os marcos históricos que influenciaram e delinearam o instituto da arbitragem no Brasil. Evocamos as lições de Lainé e Pontes de Miranda, para bem compreender a controvérsia que gira em torno da sujeição do Estado à arbitragem. No que concerne aos precedentes jurisprudenciais, tratamos o tão famoso Caso Lage e o caso da extinta Cia de Navegação Lloyd brasileiro. Trazemos à tona a legislação pertinente, dando especial ênfase a Lei n. 9.307, de 23/9/1996, sem deixar de cuidar de outras normas relevantes. Então nos detemos ao cerne da discussão: se é ou não é cabível ao Estado convencionar cláusula de arbitragem / compromisso arbitral no seio dos contratos administrativos que celebra, de forma geral. Para tanto, sistematizamos a doutrina e legislação pátrias a respeito, para, então, analisarmos criticamente suas formulações teóricas, dispositivos e argumentos a favor e contra a arbitrabilidade estatal. Concluímos apontando a arbitragem como um dos meios de resolução dos conflitos surgidos nos contratos administrativos em geral, sempre que versarem sobre a parcela disponível dos direitos do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitrabilidade estatal. Conflitos. Contratos administrativos.

ABSTRACT: The issue of arbitrability, objective and subjective, in matters involving public administration is still disputed in the doctrine and jurisprudence in Brazil. In this article, we recall the historical landmarks that have influenced and outlined the concept of arbitration in this country. We also recall the lessons of Lainé and Pontes de Miranda in order to understand the controversy about the subject. In regard to precedents, we write about the famous case Lage and that other about the former CIA Navigation Brazilian Lloyd. Then we bring the legislation, with particular emphasis on the Law n. 9307 of 09.23.1996, while taking care of other relevant standards. So we stop at the core of the discussion: whether it is appropriate to the State have an arbitration clause in its administrative contracts. For this purpose, we got together doctrine and legislation regarding homelands, to afterwards critically analyze their theoretical formulations, devices, and viewpoints for and against state arbitrability. We conclude that the State may solve its disputes (arised in all government contracts) by using arbitration if they deal with the available state rights.

KEYWORDS: Arbitrability. Conflicts. Administrative Contracts.

INTRODUÇÃO

A arbitragem é uma técnica de resolução de conflitos que se ultima com a decisão por uma ou mais pessoas escolhidas pelas partes contratantes sobre convenção privada e cuja determinação, conquanto tenha a mesma eficácia de uma sentença judicial, não sofre qualquer intervenção estatal. Por meio da convenção de arbitragem, um contrato de direito privado, estipulam-se os efeitos processuais *inter partes* e firma-se o compromisso de não levar ao Judiciário o conhecimento da causa.

Se amplamente difundida no meio privado, continua a dúvida sobre se a arbitragem é meio hábil à composição de controvérsias que envolvam o Estado. É este artigo elaborado com o fito de contribuir para as reflexões sobre o tema específico da arbitrabilidade estatal.

De maneira a alcançarmos o nosso objetivo, inicialmente trataremos da evolução histórica¹ do instituto da arbitragem no Brasil, buscando entender como, ao longo da história brasileira, tem a doutrina, legislação e jurisprudências pátrias organizado o assunto. Decompomos, então, em duas partes este primeiro trecho do estudo, para, na primeira, relatar sobre o instituto de uma forma geral e, na segunda, tratar mais especificamente das formulações que relacionam Estado e arbitragem.

Em seguida, nos deteremos no ponto-central deste artigo: pode ou não o Estado submeter suas causas à juízo arbitral? As incursões teóricas, muito mais de fundo bibliográfico e legislativo e menos jurisprudencial, serão formuladas em dois segmentos: no primeiro, falaremos da arbitrabilidade estatal subjetiva para, no segundo, nos atermos à objetiva.

Assim, esperamos, ao final, sem nos esquivar de tomar partido, ter trazido à tona todo o debate em torno da possibilidade de o Estado convencionar a arbitragem em seus contratos administrativos, tema tão importante e atual do Direito Administrativo.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Para bem conhecer o objeto de estudo sugerido neste artigo, é imprescindível rememorar os principais marcos da história que delinearam o próprio instituto da arbitragem no Brasil.

¹ E aqui preferiríamos o termo “historicidade” e, não, “evolução histórica”, mas é o que se usa de praxe no meio jurídico.

1.1 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Conforme ensinamentos do professor Eros Roberto Grau, o instituto da arbitragem é herança dos gregos e romanos e sua história se mescla com o nascimento da própria jurisdição e só se separam, irremediavelmente, quando da organização do Estado e sistematização do direito².

No Brasil, segundo nos conta Mauro Roberto Gomes de Mattos, as Ordenações Portuguesas (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) já previam a arbitragem para composição de conflitos e vigeu regularmente no Brasil³. Depois, em 1850, editou-se o Código Comercial brasileiro, que, em seu artigo 294, regulamentado pelo art. 411 do Regulamento 737/1850, exigia o juízo arbitral para a solução de causas comerciais⁴.

Apesar da grande desenvoltura do instituto, sobreveio em 14/9/1866 a Lei nº 1.350, que revogou os artigos supracitados e suprimiu a possibilidade de solução de conflitos por arbitragem no Brasil, a não ser quando se tratasse de direito internacional, especialmente nos contratos de navegação – daí também que nosso país aderiu ao Protocolo de Genebra de 1923, incorporado ao direito interno por força do Decreto nº 21.187, de 22/3/1932.

A propósito, no campo do direito internacional, o Brasil faz parte inclusive da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada no Panamá em 1975, ratificada e promulgada em 10/5/1996, subscreveu em 2002 a Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (a chamada Convenção de Nova Iorque, de 1958) e é signatário do Protocolo de Brasília, que estabelece a arbitragem como meio de composição de conflitos no âmbito do Mercosul (cap. IV, art. 8º).

E o ex-vice-presidente da República, Marco Maciel, em palestra proferida por ocasião da comemoração dos 13 anos da Lei de Arbitragem, trouxe à memória que também foi utilizado de arbitragem para delimitar os limites fronteiriços entre o Brasil e a Guiana Inglesa, quando era

2 GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5, no 18, out./dez.2002, p. 396.

3 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, no 223, jan./mar.2001, p. 115-131.

4 Ele previa a arbitragem obrigatória para causas de natureza tipicamente comercial. Remetemos o leitor à nota no 22.

Ministro de Relações Exteriores o Barão do Rio Branco e advogado do governo brasileiro Joaquim Nabuco⁵.

1.2 A ARBITRABILIDADE DO ESTADO

Especificamente quanto à arbitralidade estatal, é oportuno rememorar os marcos de interpretação que delineamos ao longo da nossa história sobre arbitralidade relacionada ao Estado brasileiro.

Primeiramente, tem-se notícia de que, sob influência de Lainé, Pontes de Miranda teria sido quem primeiro teorizou a respeito entre nós, sustentando, no início do século XX, a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, “considerando-a como uma alternativa nova que importaria na renúncia à processualidade estatal”⁶.

E a questão da admissibilidade da arbitragem pelo Estado há longa data também é alvo de reflexão e teorização pelas principais cortes brasileiras há muito tempo.

A Suprema Corte, por exemplo, em histórico julgamento ao qual se costuma designar simplesmente de “Caso Lage” (Agravado de Instrumento nº 52.181, julgado em 14/11/73), decidiu nessa longa demanda judicial que envolvia a União e os herdeiros de Henrique Lage – estes reivindicando o direito a receber indenizações decorrentes do torpedeamento de navios durante a Segunda Guerra Mundial, que integravam o acervo incorporado ao Patrimônio Nacional – que:

Juízo Arbitral – Na tradição de nosso direito, o instituto do júízo arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como pessoa ‘sui generis’, pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insusceptíveis de transação.

Esta decisão confirma a tradição doutrinária brasileira, existente desde os tempos do império, em aceitar a arbitragem nas causas da Fazenda, na linha dos autorizados pronunciamentos de Lafayette, do Visconde de Ouro Preto e do Conselheiro Silva Costa, bem como a impossibilidade de proibição do uso do júízo arbitral nessas causas, o que significaria a restrição à autonomia contratual do Estado.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, com poucos anos de existência, foi logo instado a se manifestar a respeito do tema no caso da

5 Diga-se logo que ele foi autor do projeto de lei que culminou na edição da Lei nº 9.307/96 (MACIEL, Marco. Treze anos da Lei da Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 6, n. 23, out./dez.2009, p. 9-18).

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo* (“Arbitragem nos contratos administrativos”). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 221-235.

extinta Cia de Navegação Lloyd brasileiro, em 1990, no Recurso Especial nº 616, cuja ementa transcrevemos a seguir:

CLAUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATO INTERNACIONAL. REGRAS DO PROTOCOLO DE GENÉBRA DE 1923.

1. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é a apta a instituir o juízo arbitral.

2. Esses contratos tem por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submete, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, a decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida.

3. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria. (Rel.p.acórdão Min. Gueiros Leite, Terceira Turma, j. em 24/4/1990, DJ de 13/8/1990)

Esses dois foram os primeiros precedentes a partir dos quais se entendeu ser o Estado “capaz” de convencionar arbitragem em contrato de cunho “administrativo”.

Foi, no entanto, no campo normativo que se pôde perceber a maior discussão sobre o tema.

No plano constitucional, nem a Constituição de 1937, nem a de 1967/1969 vedavam a instituição de juízo arbitral, que não violava o princípio da competência do Poder Judiciário⁷

Com a promulgação da Constituição da República em 1988, que trouxe consigo a Constitucionalização do Direito Administrativo e, poucos anos mais tarde, a Reforma Administrativa implementada pela Emenda Constitucional nº 19/98, a Administração incorporou os princípios da eficiência e da consensualidade⁸.

Por outro lado, no campo infraconstitucional, cronologicamente, vieram o Decreto-Lei nº 960/1938, que vetou a arbitragem no caso de dívidas fiscais, o Decreto-Lei nº 1.312/1974, surgido um ano após a decisão histórica do STF no “Caso Lage” e que, em seu art. 11, autorizava o Tesouro Nacional a firmar contratos internacionais com cláusula

7 TÁCITO, Caio. *O juízo arbitral em direito administrativo*. In: Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTR, 2002, p. 23-28.

8 Adiantamos que, no nosso ponto de vista, a consensualidade pressupõe a arbitragem inclusive.

arbitral⁹ e as Leis estaduais do Rio de Janeiro (nº 1.481, de 21/6/89, art. 5º, parágrafo 2º) e de São Paulo (nº 7.835, de 8/5/82, art. 8º, XXI), prevendo a arbitragem como instrumento de solução consensual de controvérsias nesses estados.

O debate doutrinário mais acalorado se deu especialmente após a sucessiva edição de leis¹⁰ confundindo os estudiosos quanto à arbitralidade desde o ano de 1986. São elas o Decreto-Lei nº 2.300/1986, o Decreto-Lei nº 2.348/1987 (que alterou aquele), a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 8.987/1995, que previu expressamente em seu artigo 23, inciso XV, a possibilidade de arbitragem para compor questões relacionadas aos contratos de concessão que viessem a celebrados pelos entes públicos.

Por fim, coroando definitivamente o juízo arbitral, é que, em 23 de setembro de 1996, promulgou-se a Lei nº 9.307. Esta firmou em definitivo que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (seu art. 1º) e, reafirmada sua constitucionalidade pelo Egrégio STF em 2001¹¹, resta apenas confirmar se suas disposições são aplicáveis aos contratos administrativos.

2 DA ARBITRALIDADE DO ESTADO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Divide-se a arbitralidade em subjetiva e objetiva. A primeira determina quem pode se submeter ao juízo arbitral, enquanto a segunda relaciona-se ao objeto da controvérsia, estabelecendo quais matérias podem ser resolvidas por meio do instituto.

2.1 ARBITRALIDADE ESTATAL SUBJETIVA

Quanto à arbitralidade subjetiva, a legislação brasileira sempre foi no sentido de que as pessoas capazes podem se valer da arbitragem e que esta era vinculada à transação, de maneira que apenas as pessoas

9 O Tesouro Nacional contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos.

10 Aqui usamos o termo “lei” no sentido amplo.

11 A decisão se deu no bojo do julgamento de recurso em processo de homologação da SE no 5.206. A constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi consolidada por 7 votos a 4.

que têm poderes para transigir poderiam celebrar compromisso arbitral / cláusula compromissória¹².

O Decreto-Lei nº 2.300/1986, que disciplinava as licitações e contratos na Administração, previa, no parágrafo único do art. 45, a obrigatoriedade de cláusula que declarasse competente o foro do Distrito Federal para dirimir controvérsias vedando expressamente a arbitragem¹³.

No entanto, menos de um ano após o início de sua vigência, foi promulgado o Decreto-Lei nº 2.348 de 1987, que alterou vários artigos do Decreto-Lei nº 2.300/86, dentre eles o citado parágrafo único do art. 45, possibilitando, assim, a utilização da arbitragem em algumas hipóteses de licitação internacional.¹⁴

Observa-se que o dispositivo ainda não se apresentava satisfatório, uma vez que previa a obrigatoriedade de previsão do foro do DF apenas para os contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior, deixando de abranger as pessoas domiciliadas no País.

Em 1993, com a superveniência da Lei nº 8.666, o Decreto-Lei nº 2.300/86 foi revogado, passando a reger as licitações e contratos da

12 Nesse sentido, o Decreto no 3.900/1867, em seu art. 4º, determinava que “podem fazer compromisso todos os que podem transigir”. A mesma regra estava contida no art. 414 do Regulamento nº 737/1850. Já o Código Comercial de 1850 não dispunha expressamente sobre a arbitrabilidade subjetiva. Mas o Código Civil de 1916, no art. 1.037, estabelecia que “as pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais”. Finalmente, o Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu, no art. 1.072, que “as pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação”. Hoje a Lei no 9.307/1996, “Lei da Arbitragem”, seguiu a mesma linha, prevendo em seu art. 1º, repita-se, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Em consonância com essa lei especial, o atual Código Civil dispõe em seu art. 851, a saber, que “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

13 “Art.45 [..] Parágrafo único: Nos contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir, qualquer questão contratual, vedada a instituição de juízo arbitral.” (grifos nossos)

14 “Art. 45 [..] Parágrafo único: Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no §13º do art. 25, permitido nesse caso o juízo arbitral” (grifos nossos). E a redação do § 13º do art. 25 era a seguinte: “O disposto no § 2º do art. 3º, no § 10º do art. 25, no § 1º do art. 26 e no parágrafo único do art. 45, não se aplica às concorrências internacionais, para a aquisição de bens ou serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo internacional, de que o Brasil faça parte, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Presidente da República.”

Administração Pública direta, indireta e entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Distrito-Federal, Estados e Municípios (art 1º).

Todavia, no que tange à possibilidade de solução de controvérsias pela via arbitral, a Lei nº 8.666/93 trouxe regra imprecisa e lacunosa, o que acabou por gerar incerteza, até os dias de hoje, sobre a possibilidade de uso do instituto pela Administração Pública.¹⁵

Sem dúvida, a regra geral era a proibição de escolha de foro estrangeiro, estendendo, também, a obrigatoriedade do foro da sede da Administração aos contratos celebrados com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no Brasil, diferentemente do Decreto-Lei nº 2300/86.

A imprecisão da Lei nº 8.666/93 residiu na retirada da menção expressa ao juízo arbitral para algumas hipóteses de licitação internacional. Essa omissão levou a dúvidas que, para fins didáticos, organizamos em três correntes basicamente:

A 1ª corrente seria a daqueles que entendiam não mais ser possível submeter o Estado a juízo arbitral; a 2ª corrente, a dos que pensavam ser possível a arbitrabilidade estatal desde que houvesse lei expressa a autorizando; e a 3ª corrente, aquela dos estudiosos que vislumbravam a possibilidade da arbitragem ser convencionada pelo Estado em seus contratos, haja vista os princípios da eficiência e consensualidade insertos na Constituição Federal de 1988 por força da EC nº 19/1998.

A matéria continuou, no entanto, sendo alvo de elaboração e “aperfeiçoamento” pelo legislador ordinário e, com o advento da Lei nº 8.987/95, “Lei de Concessão de Serviços Públicos”, mais uma vez admitiu-se a arbitragem pelo Estado no seu art. 23, inciso XV, do qual se extrai: “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...] XV – ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.”

Dessa feita, a maior parte da doutrina passou a entender que tal dispositivo autorizou o uso da arbitragem nos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, mesmo não tendo explicitamente

15 “Art. 55. [...] § 2º. Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei”. E a redação do § 6º do art. 32: “O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem aos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.” E mais nada.

utilizado o termo “arbitragem”¹⁶, o que só veio a acontecer anos mais tarde, com a inclusão do art. 23-A, determinação da Lei nº 11.196/2005:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, **inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Assim, novamente polarizou-se a doutrina pátria, subdividindo-se em duas correntes principais: a dos que criam só ser possível a arbitragem nos contratos de concessão, tal como autorizado no art. 23, XV, da Lei nº 8.987/95 (em casos que tais, como o da Lei nº 9.472/1997, “Lei da Anatel”, o da Lei nº 9.478/1997, “Lei da ANP”, o da Lei nº 11.079/2004, “Lei das PPPs”, o da Lei nº 11.668/2008, “Lei da franquia postal” etc.)¹⁷, tendo em vista o princípio da legalidade; e, em lado oposto, os que defendiam que o art. 23, inciso XV, da Lei nº 8.987/1995 se constituía permissão genérica para o manejo da arbitragem nos contratos administrativos em geral¹⁸.

16 Diogo de Figueiredo Moreira Neto esclarece: “Ora, como só há três modos de solucionar amigavelmente controvérsias contratuais: pela mediação, pela conciliação e pela arbitragem, não resta a menor dúvida de que o legislador brasileiro a previu expressamente, embora sem explicitar como uma das modalidades que devem ser necessariamente adotadas” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. “Arbitragem nos Contratos Administrativos”. *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 285). E, no mesmo sentido, foi o ensinamento de Cláudio Vianna de Lima: “Estes modos são a mediação, a conciliação e a arbitragem. Na verdade são formas que se filiam, ao mesmo fundamento do princípio da autonomia da vontade. As partes em divergência confiam a pessoas estranhas ao conflito que as separa, a sua composição” (LIMA, Cláudio Vianna de. “A Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões”. *Revista de Direito Administrativo*, 209/91-104, Rio de Janeiro, p. 101-102).

17 Como o professor Luis Roberto Barroso.

18 Esta encabeçada por Caio Tácito e Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Para aquele: “A questão do cabimento do juízo arbitral, em matéria pertinente a contratos administrativos, assumiu aspecto novo como advento da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre concessões e permissões de serviços e obras públicas. [...] A partir do exposto critério quanto aos contratos de concessão, cujo modelo federal se transmite como norma geral aos planos estadual e municipal, a doutrina passou a reconhecer o ingresso do arbitramento em matéria administrativa” (TÁCITO, Caio. “O Juízo Arbitral em Direito Administrativo”. *Reflexões sobre Arbitragem*: in *memorian ao Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. Martins, Pedro A. Batista e Gargez, José Maria Rossani (orgs.), São Paulo: LTr, 2002, p. 26). Para Diogo Moreira Neto: “Mas, se qualquer dúvida pudesse ainda pairar sobre este acerto, o advento da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispondo sobre os contratos de concessão e permissão de serviços públicos, que são irretrocativamente contratos administrativos típicos, e que, por este motivo, destinam-se a satisfazer diretamente interesses públicos indisponíveis, extingue a controvérsia. Com efeito, entre as cláusulas essenciais dessas modalidades contratuais, com alta densidade de interesse público, ficou prevista a que deve dispor especificamente sobre o foro e sobre o modo amigável de solução das divergências contratuais”

Pedindo vênia à primeira corrente, sem querer adentrar na discussão sobre a distinção entre o princípio da legalidade e o princípio da juridicidade, nos filiamos à segunda corrente, entendendo ampliativamente o princípio da legalidade, o que redundaria em dizer que, ao nosso ver, é legal a conduta extraída do ordenamento jurídico como um todo.

Daí, é bem verdade que a Lei nº 9.307/96 não menciona expressamente o Estado como ente capaz de se submeter à arbitragem, mas cremos que assim não o fez porque a “Lei da Arbitragem” pertence à esfera do direito privado.

Ocorre que as disposições do direito privado podem ser aplicadas supletivamente aos contratos administrativos, sob a dicção do art. 54 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 54. *Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.* (grifos nossos)

Essa formulação não é nossa mas de professores expoentes do nosso direito brasileiro, como Adilson de Abreu Dallari¹⁹ e Arnold Wald²⁰, além de outros²¹.

Saliente-se, ainda, haver ensinamento no sentido de que a própria Lei de Licitações, ao prever no seu art. 72, II, a rescisão amigável do contrato por acordo entre as partes, já tendia à adoção do arbitramento estatal e de que só havendo lei que negasse expressamente autorização ao Estado para convencionar a arbitragem é que esta possibilidade seria de todo extirpada, como ocorrido no Decreto-Lei nº 960/1938.²²

(NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. “Arbitragem nos Contratos Administrativos”. *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 285).

19 “efetivamente já havia naquela ocasião fundamento legal para a arbitragem, embora não explícito. [...] Isso significa que poder-se-ia ter aplicado, supletivamente e no que coubesse, o disposto nos arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil (que trata do compromisso, ao dispor sobre o Direito das Obrigações), e nos arts. 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil (que cuida do Juízo Arbitral)” (DALLARI, Adilson Abreu. “Arbitragem na Concessão de Serviço Público”. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 32, n. 128/63-67, 1995, p. 65).

20 Para quem “No Brasil, permitiu-se que o Estado e suas agências celebrassem convenção de arbitragem em casos específicos. Assim, têm-se a Lei nº 8.666/1993 - Lei de Licitações - art. 54.”

21 Como Mauro Roberto Gomes de Mattos Contrato Administrativo e a Lei de Arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, 223/115-131, p.124-125.

22 LEMES, Selma Ferreira. “Uso da Arbitragem na Administração Pública”. *Valor econômico*. Rio de Janeiro, 19/08/2003.

2.2 ARBITRABILIDADE ESTATAL OBJETIVA

No que diz respeito à arbitrabilidade objetiva, ela sempre esteve restrita às questões passíveis de transação, quer dizer, àquelas referentes a direitos patrimoniais disponíveis²³.

É por isso que a discussão acerca da arbitrabilidade objetiva do Estado centra-se na natureza dos direitos envolvidos, se disponíveis ou indisponíveis.

Lúcia Valle Figueiredo é firme na sua argumentação de que não é possível instituir juízo arbitral no seio de contratos administrativos, por dois motivos. A uma, porque o interesse público é indisponível; a duas, porque o fato de não caber recurso ao Judiciário da sentença proferida em sede arbitral feriria o princípio da inafastabilidade da jurisdição.²⁴

Diversamente é o pensamento de Carlos DelPiazzo, para quem pactuar cláusula compromissória não significa contrariar o interesse público quando o ordenamento, implícita ou explicitamente, atribui competência a uma entidade pública para firmar tal compromisso.²⁵

Outrossim, Diogo Moreira Neto, também adepto da corrente que pensa ser possível ao Estado firmar a arbitragem, se utiliza da distinção entre interesse público primário e secundário, para formular que, quanto

23 O Código Comercial não dispunha expressamente sobre a arbitrabilidade objetiva, mas, como se sabe, previa a arbitragem obrigatória para causas de natureza tipicamente comercial, quais sejam, os contratos de locação mercantil (art. 245), matéria societária (art. 294), casos de naufrágios (art. 739), avarias (art. 783) e quebras (art. 846). O Código Civil de 1916 também não apresentava regra expressa, prevendo apenas que ao compromisso se aplicaria, quanto possível, o disposto acerca da transação (art. 1.048). Em relação à transação, o art. 1.035 estabelecia que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. O art. 1.072 do Código de Processo Civil restringia a possibilidade de celebração de compromisso a pendências judiciais e extrajudiciais de qualquer valor, relacionadas a direitos patrimoniais sobre os quais admitisse a lei transação. O CPC, ainda, continha previsão expressa sobre a incompetência do árbitro para decidir sobre questões relativas a direitos sobre os quais a lei não admite transação (art. 1.094). A Lei no 9.307/96, da mesma forma, restringiu o âmbito de aplicação da arbitragem a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º) e, quanto aos indisponíveis, dispõe expressamente que “sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o arbítrio ou o tribunal remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral” (art. 25).

24 No mesmo sentido são Sidney Bittencourt (“a cláusula de arbitragem nos contratos administrativos”. *Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*. Rio de Janeiro, n. 9, set.2000, p. 5-12), Suzana Domingues Medeiros (“Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 233, p. 71-101) e Luis Roberto Barroso (“Sociedade de economia mista prestadora de serviço público: cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez”. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e de Arbitragem*. São Paulo, n. 19, p. 429).

25 DELPIAZZO, Carlos E. “El arbitraje en la contratación administrativa en el ámbito del Mercosur”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 4, Curitiba, 2000, p. 38.

àquele primeiro, é perfeitamente possível a aplicação do instituto em comento.²⁶

E o ilustre professor distingue inclusive as órbitas, interna e externa, de solução de conflitos envolvendo o Estado, ao que conclui que, na órbita externa, estamos jungidos ao que preconiza o art. 4º, inciso VII, da Constituição Federal, que aponta o emprego das vias pacíficas (consensuais), para dirimir conflitos em que sejam parte a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais. Nessas hipóteses, o Estado não está apenas autorizado, mas obrigado constitucionalmente a esgotar as soluções de consenso, mesmo que envolvendo direitos indisponíveis.²⁷

O autor prossegue o raciocínio sustentando que, se a arbitragem é expressamente permitida na órbita externa, não há porque haver impedimento para que o Estado a utilize na órbita interna. Toda a questão do cabimento da arbitragem na órbita interna se reduziria à definição do campo contratual em que a Administração negocia e estatui como qualquer particular, excluídas, portanto, quaisquer cláusulas em que seja prevista a satisfação de um interesse finalístico da sociedade, cometido ao Estado, este sim, indisponível.²⁸

Logo, no tocante à arbitrabilidade objetiva estatal, colhem-se os seguintes posicionamentos da doutrina:

- 1) o primeiro, esposado por Lúcia Valle Figueiredo, Sidney Bittencourt, Suzana Domingues Medeiros, Luis Roberto Barroso, dentre outros, que afirma que a Administração Pública não pode transigir com o interesse público e, por conseguinte, estaria impedida de firmar compromisso arbitral/ cláusula compromissória;
- 2) o segundo, defendido especialmente por Carlos Delpiazzo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Caio Tácito²⁹, Pedro

26 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Mutações do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 286.

27 Idem, p. 282-283.

28 Idem, p. 283-284.

29 TÁCITO, Caio. *O Juízo Arbitral em Direito Administrativo*. Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam ao Desembargador Cláudio Vianna de Lima. Martins, Pedro A. Batista e Gargez, José Maria Rossani (orgs.), São Paulo: LTr, 2002, p. 27.

Batista Martins³⁰, Rafael Bielsa³¹ e Carlos Alberto Carmona³², para quem se admite a submissão da Administração ao juízo arbitral nas hipóteses em que pratique atos de gestão, sempre que operacionalizar interesses primários hábeis a ser quantificados, e, portanto, que tenham expressão patrimonial.

3 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como escopo remontar à origem do instituto da arbitragem no Brasil para, contextualizando-o ao atual estágio da normativa ao seu respeito, julgar sobre se é ou não possível ao Estado estipular convenção de arbitragem no seio de contrato administrativo, ao que concluímos:

- a) em analisando a historicidade do instituto da arbitragem no Brasil, vê-se, mais que nunca, que há diversas leis prevendo a submissão do Estado à juízo arbitral, como que inserindo na Administração Pública uma visão negocial antes não aceita. Ao que nos parece, inicialmente eram absolutas as regras proibitivas, que, principalmente a partir da década de 80 do século passado, foram sendo mitigadas e hoje temos forte tendência a ampliar o âmbito de aplicabilidade de soluções amigáveis (consensuais) de conflito, como o é a arbitragem, inclusive para alcançar o ente estatal;
- b) quanto à sua arbitrabilidade estatal:
 - b.1) a autorização ampla e genérica do art. 1º da Lei nº 9.307/96, que possibilita a “pessoas capazes de contratar” convencionar a cláusula de arbitragem, não exclui de seu alcance o Estado, que, como outras pessoas jurídicas, pode validamente assumir obrigações de natureza bilateral, sempre que o ordenamento não veicular vedação e respeitado o interesse público;

30 MARTINS, Pedro Batista. O Poder Judiciário e a Arbitragem: Quatro Anos da Lei n. 9.307/1996 (3ª parte). *Revista Forense*, 359-165, p. 27.

31 BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Publico*, v. III, Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 21-45.

32 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei n. 9307/1996. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 51.

b.2) como também admite parte da doutrina, a utilização da arbitragem pela Administração Pública pode ser convencionada desde que os direitos envolvidos sejam disponíveis, pois há casos, sim, em que eles se restringem à esfera negociável do Estado.

c) por fim, transcrevemos as palavras de Themístocles Cavalcanti:

*Parece-me que a Administração Pública realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo.*³³ (grifos nossos)

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público: cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e de Arbitragem*. São Paulo, n. 19.

BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Publico*. v. III, Buenos Aires: Depalma, 1949.

BITTENCOURT, Sidney. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 233, p. 71-101.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9307/1996*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na Concessão de Serviço Público. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 32, n. 128/63-67, 1995.

DELPIAZZO, Carlos E. El arbitraje en la contratación administrativa en el ámbito del Mercosur. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 4, Curitiba, 2000.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón e GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. 9. ed., Madrid: Civitas, v. 1, 1999.

³³ CAVALCANTI, Themístocles, RDA 45:517, apud GRAU, Eros Roberto. "Arbitragem e contrato administrativo". *Revista Trimestral de Direito Público*. V. 32, 2000, p. 15.

- GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. ano 5, n. 18, out./dez.2002, p. 395-405.
- LEMES, Selma Ferreira. Uso da Arbitragem na Administração Pública. *Valor econômico*. Rio de Janeiro, 2003.
- LIMA, Cláudio Vianna de. A Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 209.
- MACIEL, Marco. *Treze anos da Lei da Arbitragem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. ano 6, n. 23, out./dez.2009, p. 9-18.
- MARTINS, Pedro Batista. O Poder Judiciário e a Arbitragem: Quatro Anos da Lei n. 9.307/1996 (3ª parte). *Revista Forense*, n. 359/165.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, n. 223, jan./mar.2001, p. 115-131.
- MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 233, p. 71-101.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos contratos administrativos. Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 221-235.
- TÁCITO, Caio. *O juízo arbitral em direito administrativo*. Reflexões sobre arbitragem: *in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTR, 2002, p. 23-28.



Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800
70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares