



UFRRJ

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL
DO RIO DE JANEIRO

iec
INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

RDPC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Emerson Moura, UFRRJ

Instituto de Estudios Constitucionales da Venezuela
Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, IEC

RDPC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Ano nº 01 | Volume nº 01 | Edição Extra | Dez 2017
Año nº 01 | Volumen nº 01 | Edición Extra | Dic 2017

Fundador:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Editores-Chefes | Editores-Jefes:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.

Equipe Editorial | Equipo editorial:

Alberto Raphael Ribeiro Magalhães

Amanda Pinheiro Nascimento

Bruno Teixeira Marcelos

Camila Pontes da Silva

Gabriela Rabelo Vasconcelos

Leonardo Barreto Bastos

Marcos Costa Leite

Renato Barreto Bastos

Diagramação | Diagramación:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.



Revista de Direito Público Contemporâneo

Revista de Derecho Público Contemporáneo

Journal of Contemporary Public Law

Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional

International Editorial Board

Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Itália.
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, IEC, Caracas, Venezuela.
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, ULISBOA, Lisboa, Portugal.
Sra. Maria de Los Angeles Fernández Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eskişehir, Turquia.
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York, USA.

Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional

National Editorial Board

Sra. Ana Paula de Barcellos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Niterói, RJ, Brasil.
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília, DF, Brasil.
Sr. Gustavo Binenbojm, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Ingo Sarlet, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC, RS, Brasil.
Sr. Jane Reis Gonçalves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sr. José Ribas Vieira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sra. Patrícia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

Avaliadores | Evaluadores | Evaluators

Sr. Alex Assis de Mendonça, A faculdade de economia e finanças Ibmecc, IBMECC, RJ, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.
Sra. Regina Vera Villas Bôa, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, São Paulo, SP, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.
Sr. Victor Aguiar Jardim de Amorim, Instituto de Direito Público, Brasília, Brasil, Brasil.
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

Editores-Chefes | Editor-in-Chief

Sr. Emerson Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas.

Revista de Direito Público Contemporâneo

Journal of Contemporary Public Law

Sumário:

APRESENTAÇÃO Emerson Affonso da Costa Moura e Alexander Espinoza Rausseo	005
A ADEQUADA TUTELA JURISDICCIONAL NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Phillip Gil França	006
O CONTROLE JURISDICCIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: A (IN)SINDICABILIDADE DA DECISÃO INTERNA CORPORIS Victor Aguiar Jardim de Amorim	032
PROFISSIONALIZAÇÃO BUROCRÁTICA E PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA PÓS-1988 Alex Cavalcante Alves	065
O DECRETO FEDERAL Nº 8.420/15 E A METODOLOGIA DE CÁLCULO PARA FIXAÇÃO DA MULTA FEDERAL Cristiana Fortini e Laís Rocha Salgado	095
MICROEMPRESAS (ME) E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP) EM LICITAÇÕES: COMENTÁRIOS AOS MEIOS DISCRIMINATÓRIOS DA LC 123 E SUAS MODIFICAÇÕES RECENTES Thiago Marrara e Paulo Victor Recchia	118
ECONOMIA CRIATIVA E GESTÃO DA CULTURA NA CIDADE DE PALMAS – TO Alex Pizzio e Agnelo Rocha Nogueira Soares	140

Resumen:

PRESENTACIÓN Emerson Affonso da Costa Moura y Alexander Espinoza Rausseo	005
LA ADECUADA TUTELA JURISDICCIONAL EN EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Phillip Gil Francia	006
EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS PARLAMENTARIOS: A (IN)SINDICABILIDAD DE LA DECISIÓN INTERNA CORPORALES Victor Aguiar Jardín Amorim	032
PROFESIONAL BUROCRÁTICA Y PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BRASILEÑA POST-1988 Alex Cavalcante Alves	065
EL DECRETO FEDERAL Nº 8.420 / 15 Y LA METODOLOGÍA DE CÁLCULO PARA FIJACIÓN DE LA MULTA FEDERAL Cristiana Fortini y Laís Rocha Salgado	095
MICROEMPRESAS (ME) Y EMPRESAS DE PEQUEÑO PORTE (EPP) EN LICITACIONES: COMENTARIOS A LOS MEDIOS DISCRIMINATORIOS DE LA LC 123 Y SUS MODIFICACIONES RECIENTES Y en el caso de las mujeres.	118
ECONOMÍA CREATIVA Y GESTIÓN DE LA CULTURA EN LA CIUDAD DE PALMAS - TO Alex Pizzio y Agnelo Rocha Soares Nogueira	140

Apresentação

É com grata satisfação que após a consolidação da nova equipe editorial com a expansão do conselho editorial, corpo de avaliadores e editores de seção, bem como, os esforços para formação de um corpo editorial internacional, publicamos a primeira edição do primeiro volume do primeiro ano da Revista de Direito Público Contemporâneo.

Nesta edição trazemos questões controversas de Direito Público com temas de índole constitucional, administrativa, econômica e ambiental através de artigos inéditos ou consagrados de professores doutores, mestres e especialistas nesta edição de vários estados do Brasil.

Desejamos uma boa leitura almejando que os trabalhos publicados possam contribuir no debate das matérias, com nosso agradecimento aos professores membros do Conselho Editorial e do corpo de avaliadores, aos editores e colaboradores em geral, aos autores e leitores pelas suas contribuições na publicação desta edição.

Presentación

Es con grata satisfacción que tras la consolidación del nuevo equipo editorial con la expansión del consejo editorial, cuerpo de evaluadores y editores de sección, así como los esfuerzos para formar un cuerpo editorial internacional, publicamos la primera edición del primer volumen del primer año de la Revista de Derecho Público Contemporáneo.

En esta edición traemos cuestiones controvertidas de Derecho Público con temas de índole constitucional, administrativa, económica y ambiental a través de artículos inéditos o consagrados de profesores doctores, maestros y especialistas en esta edición de varios estados de Brasil.

Deseamos una buena lectura anhelando que los trabajos publicados puedan contribuir en el debate de las materias, con nuestro agradecimiento a los profesores miembros del Consejo Editorial y del cuerpo de evaluadores, a los editores y colaboradores en general, a los autores y lectores por sus contribuciones en la publicación de esta edición.

Rio de Janeiro, 15 de Dezembro de 2017.
Caracas, 15 de Diciembre de 2017.

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.

A ADEQUADA TUTELA JURISDICIONAL NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

A PROPER JURISDICTIONAL PROTECTION IN CONTROL PUBLIC ADMINISTRATION

Phillip Gil França²

RESUMO: O trabalho busca demonstra que a atuação do Estado nacional deve estar voltada a viabilizar o exercício de seu poder-dever de prestar a adequada tutela jurisdicional, definindo, assim, os limites de seu desempenho e a indicação de possíveis caminhos para uma ampla e apropriada aplicação do art. 5.º, XXXV, da CF de 1988.

PALAVRAS-CHAVES: Administração Pública; Dever de Boa Administração; Controle Judicial; Inafastabilidade; Tutela jurisdicional.

ABSTRACT: O probalho seeks demonstrates that atuação do Estado nacional deve be turned to make feasible or exercício de seu power-dever to lend to adequate jurisdictional protection, defining, assim, the limits of seu desempenho and indicação de possíveis caminhos for an ampla ampla appropriate aplicação do art. 5th, XXXV, gives CF of 1988.

KEYWORDS: Public Administration; Duty of Good Administration; Judicial Control; Inafastabilidade; Jurisdictional protection.

¹ Versão publicada no livro “O processo civil: entre a técnica processual e a tutela dos direitos”. Coord. Sérgio Arenhart, Daniel Mitidiero, Rogéria Dotti. RT. São Paulo. 2017.

² Pós-doutor (CAPES_PNPD), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em doutorado sanduíche - CAPES na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Bacellar. Pós-Graduado em Direito Civil pelo Instituto de Direito Romeu Bacellar. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Autor dos livros Controle da Administração Pública, 4º Ed. (Saraiva, 2016) e Ato Administrativo e Interesse Público, 3º Ed. (RT, 2016). Tradutor da obra The Principle of Sustainability Transforming Law and Governance de Klaus Bosselmann (RT, 2015). Diretor do Núcleo de Pesquisas Avançadas da Escola da Magistratura do Paraná, Membro do Grupo de Pesquisas de Constituição e Direitos Fundamentais (Cnpq) liderado pelo Professor Doutor Ingo W. Sarlet. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Professor dos cursos de Especialização em Direito IDP (Brasília), Abdconst (Curitiba) e Unibrasil (Curitiba). Vencedor do prêmio Jorge Miranda - TJ/TO de melhor tese de 2014. Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná;

1. INTRODUÇÃO

O presente texto sintetiza-se na análise da atual ideia do controle do Estado, com fundamento no princípio fundamental *processual* da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional estatal.

Para tanto, pretende-se demonstrar como a atuação do Estado nacional deve estar voltada a viabilizar o exercício de seu poder-dever de prestar a adequada tutela jurisdicional, definindo, assim, os limites de seu desempenho e a indicação de possíveis caminhos para uma ampla e apropriada aplicação do art. 5.º, XXXV, da CF de 1988.

Isso porque, de forma geral, a falência moral, o insucesso de realização dos objetivos da República e a ineficiência administrativa sistêmica do Estado retratam e representam a incapacidade do ser humano viver entre si, e com todos os outros elementos que conformam seu ambiente interno e externo, conforme os objetivos constitucionais da República, a partir dos mecanismos jurídicos existentes.

Desse modo, busca-se apresentar caminhos adequados para auxiliar a manutenção e a sustentabilidade do sistema jurídico pátrio, como forma legítima de tutelar a vida dos administrados, por meio de uma *adequada tutela jurisdicional no controle da Administração Pública*.

Para tanto, tem-se como a *interpretação consequencialista*, a *ponderação racional dos valores envolvidos*, bem como a *inclusão do critério do ato administrativo de demonstração do nexo causal entre a produção do ato e o interesse público a ser concretizado* como caminhos adequados para auxiliar a manutenção e a sustentabilidade do sistema, como forma legítima de tutelar a vida dos administrados³.

2. A VIABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

³ Maior aprofundamento sobre esses temas, vide: “FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público**. 3ª ed. RT. São Paulo. 2016” e “FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da administração pública**. 4ª ed. Saraiva. São Paulo. 2016”.

O exercício da atividade administrativa estatal, conforme os ditames axiológicos da Constituição, tem sua espinha dorsal estabelecida no instituto da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, sem a ocorrência de ações furtivas desta própria atuação, tampouco omissões quanto ao próximo e eficaz desempenho jurisdicional.

Assim, estabelecer-se-ão indicativos para a adequada prestação jurisdicional estatal, com a finalidade de apontar os elementos basilares para o efetivo controle da Administração Pública e o consequente desenvolvimento responsável que esta atividade acompanha.

Da expressão normativa estampada no art. 5.º, XXXV, da Constituição: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”, compreende-se que nenhum ato normativo⁴ poderá impedir o questionamento ao Judiciário de ações ou omissões que agredam ou ameacem os valores fundamentais da ordem jurídica estabelecida.

Tem-se, então, que “o Poder Judiciário, quando provocado, utilizará de sua legítima força estatal – por intermédio de um sistema harmonicamente organizado – dotado de poder decisório final (fazer coisa julgada material) para dirimir o uso (ou ameaça de uso) impróprio da força, mesmo se tal impropriedade provir de atos estatais”.⁵

Além desse trilha estabelecido na leitura da citada norma constitucional, é imprescindível mencionar a ligação entre o dever do Estado de sempre proporcionar a adequada tutela jurisdicional, quando incitado, e o direito fundamental de ação – possibilidade de busca de uma pretensão jurídica mediante requerimento ao Judiciário. Não há sobrevivência desse princípio fundamental sem o direito fundamental supra destacado, considerando que a efetivação de seus enunciados está diretamente correlacionada.

Existe, assim, a proteção de um direito do cidadão, por um lado, e, pelo outro, a determinação normativa de viabilização desse direito pelo Estado.

⁴. Leia-se lei no sentido amplo – logo, toda expressão normativa do Estado.

⁵. Sobre o tema, vide: KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. 3. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Trata-se de um instrumento de garantia em face da ultrapassagem dos limites do direito de autodeterminação individual, condicionado pelo exercício normativo⁶ tanto daquele privado, como daquele público, fincado no exercício monopolizado de dicção do direito por uma determinada função estatal. Sublinha-se a relevância do citado princípio processual constitucional para o alcance dos objetivos propostos na Constituição: o *integrado desenvolvimento de uma sociedade mediante a busca da preservação de sua paz social*.

Com base na ideia de que apenas um Estado possuidor de instituições fortes – notadamente o Poder Judiciário – e com legitimidade para atuar de forma a assegurar um fiel cumprimento das garantias de proteção ao cidadão,⁷ faz-se necessária a obtenção do selo de *inafastável* ao princípio em tela, pois é este um dos principais instrumentos protetores do desenvolvimento e da manutenção do Estado Democrático de Direito nacional.

Esse princípio expressa a plena possibilidade de auxílio aos partícipes da nação quando ocorrerem agressões – ou mesmo ameaças de agressões – a seus direitos. Sem esta garantia, não há segurança mínima para o relacionamento intersubjetivo. As relações jurídicas tornam-se inviáveis, pois a exigência de cumprimento das obrigações estabelecidas não consegue alcançar um grau de confiança mínimo e aceitável para uma exequível convivência social.

Por mais que exista um consenso social de respeito à liberdade do seu

⁶. Compreendido como o gerenciamento de poder estatal (tanto na relação entre privados, ou junto ao Estado) e da sujeição-base do controle do abuso do poder.

⁷. Aqui compreendido como sujeito destinatário dos valores fundamentais – expressos e implícitos – estabelecidos como supremos, perante o Estado e o ordenamento jurídico constituído, para a viabilização de seu desenvolvimento e proteção de sua dignidade como pessoa humana. Nesta linha, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, lembrando as lições de Clèmerson Merlin Clève, expressa o seguinte: “No direito brasileiro, cidadão é o indivíduo titular dos direitos públicos de votar e ser votado e suas consequências necessárias. Porém, como técnica de democracia participativa, o termo ‘cidadão’ é tomado em uma perspectiva mais ampla, não circunscrita ao universo daqueles que, detentores de direitos políticos, podem votar e ser votados. Cidadão é o sujeito ativo da cena política, provocador da mutação do direito, agente reivindicante que possibilita a contínua floração de direitos reivindicantes que possibilita a contínua floração de direitos novos (Clèmerson Merlin Clève, A Administração Pública e a nova Constituição, Revista de Jurisprudência Brasileira, 155/12). Essa participação do cidadão, adverte o Prof. Clèmerson Clève, vai além daquela que se efetua no momento de votar, pois não se pode esquecer que não é nação como um todo que comparece perante as seções eleitorais, mas apenas parcela dela, ou seja, somente aqueles que são detentores dos direitos políticos. Parte dela permanece à margem do processo eleitoral, não manifestando sua vontade, não imprimindo seu desejo no território das opções sociais, administrativas ou políticas” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Elementos de direito municipal. São Paulo: RT, 1993).

semelhante, sem a atuação estatal – como terceiro justo, apaziguador e com dicção coercitiva – a vida em sociedade não seria viável, pelo menos para o alcance do esperado desenvolvimento pessoal de seus membros.

De igual forma, na ausência deste pilar de sustentação da sociedade e da nação, inexistente padrão racional de superação de problemas, fatos que auxiliam a estagnação do progresso de uma sociedade, bem como impedem a atividade executiva estatal, o que, por conseguinte, abre perigosas brechas para cometimento de abusos.

Exalta-se o essencial papel da *prestação da tutela jurisdicional do Estado* para a promoção do desenvolvimento da nação. Entretanto, observa-se – na prática – que o próprio Estado viabilizador dessa tutela *age, em algum momentos, de maneira furtiva ao obrigatório controle exercido pelo Poder Judiciário*, pois, não raro, desinteressa para os seus operadores as amarras da sindicabilidade judicial existentes justamente para evitar o abuso do seu poder.⁸

Deste modo, o Estado, muitas vezes, utiliza-se da expedição de atos normativos que ultrapassam os limites impostos pelos valores de independência, separação e harmonia dos Poderes (art. 2.º da CF/88). Outras vezes, esconde-se sob uma turva ideia de espaço discricionário de sua atuação, pois crê – erroneamente – que o mérito de suas ações não se submete ao controle do Poder Judiciário.⁹

Ainda,¹⁰ age de tal forma irregular quando não cumpre com as prerrogativas legais que visam resguardar o bem¹¹ do cidadão, ou quando não se sujeita aos limites impostos pelo quadro de princípios do Estado Democrático de Direito nacional. Situações que ocorrem, por exemplo, nas ocasiões em que a máquina estatal utiliza suas ferramentas para restringir – indevidamente – o acesso do cidadão ao Judiciário.¹²

⁸. Restringir indevidamente a eficácia de um princípio fundamental – seja via ato normativo do Legislativo, Executivo ou Judiciário – é abuso do Poder conferido ao operador que age desta maneira e deve ser prontamente reprimido.

⁹. Observa-se, por exemplo, o necessário controle de razoabilidade e proporcionalidade do mérito dos atos administrativos, os quais, quando ultrapassarem os limites axiológicos do direito – ou os limites legais –, devem ser postos à revisão judicial.

¹⁰. Não há a pretensão de estabelecer um rol taxativo de tais impropriedades.

¹¹. Bem entendido como a promoção, concretização e respeito (manutenção) dos valores constitucionais que compõem a dignidade da pessoa humana (tais como: trabalho, lazer, moradia, assistência social, educação etc.).

¹². Por exemplo: cobranças de valores altos para ingresso de demandas, normas que limitam o questionamento da Fazenda Pública, entre outras – conforme será tratado em item ulterior.

Portanto, preliminarmente, levanta-se o questionamento sobre a apropriada atuação do Executivo, em face do *princípio fundamental processual da inafastabilidade da tutela jurisdicional*, tendo em vista as respectivas responsabilidades de manutenção da estrutura jurídica ordenadora do Estado e os objetivos da República estabelecidos no art. 3.º da CF de 1988, de acordo com seus próprios fundamentos apresentados no art. 1.º da Constituição.¹³

Assim exposto, pergunta-se: *qual é o sentido de o maquinário público administrativo atuar, determinadas vezes, de maneira a esquivar-se do controle judicial, considerando a inexistência de faculdade de atendimento ao interesse público,¹⁴ como finalidade maior de toda sua atividade e como detentor do monopólio da prestação da tutela jurisdicional?*

3. UMA IDEIA INICIAL SOBRE A TUTELA JURISDICIONAL ESTATAL

A necessidade de *prestação da tutela jurisdicional pelo Estado* advém da ideia de que a imposição unilateral da vontade, tendo como limite tão só a autonomia

¹³. Conforme Eros Roberto Grau, ao analisar o art. 1.º (fundamentos do Brasil) e o art. 3.º (objetivos do Brasil) da Constituição, é em função de tais preceitos que se “opera a superação da dissociação entre a esfera política e a esfera social – aí caminham juntos, voltando-se à realização dos mesmos fins, o Estado e a sociedade”. Ainda, para Eros Grau: “A Constituição do Brasil de 1988 projeta um Estado desenvolvido e forte, o quanto necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu art. 1.º e os objetivos definidos no seu art. 3.º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se tenha por fim, a ordem econômica, assegurar a todos existência digna. Daí por que a preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem enorme relevância no Brasil, a ele incumbido a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como serviço público, de todas as parcelas da atividade econômica em sentido amplo que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social” (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 116).

¹⁴. Segundo Marçal Justen Filho, “somente seria possível aludir a ‘interesse público’ como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito. Não há interesse prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo ‘o interesse público’, e sim porque compatível com os direitos fundamentais. Assim, o processo de concretização do direito produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público em face das circunstâncias. Não há qualquer caráter predeterminado (como, por exemplo, a qualidade do titular) apto a qualificar o interesse como público. Essa peculiaridade não pode ser reputada como negativa. Aliás, muito ao contrário, representa a superação de soluções formalistas, inadequadas a propiciar a realização dos valores fundamentais acatados pela comunidade. O processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público. Sempre e em todos os casos, tal se dá por meio da intangibilidade dos valores relacionados aos direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 239).

privada, sem parâmetros comuns – ou sociais – não proporcionava o desenvolvimento ideal de uma sociedade, ao contrário, causava prejuízos, estagnação, até mesmo retrocesso da evolução socioeconômica de um grupo de indivíduos.

Na ordenação do Estado muitas barreiras foram superadas para determinar que um terceiro precisava obter e viabilizar meios eficazes para ordenar a vida em comum, dirimindo a ideia de que o particular mais forte (física ou intelectualmente) deveria ter sua vontade prevalecida sobre aquele mais fraco – sem nenhum parâmetro de correção racional, desenvolvimento comum e manutenção da paz do grupo social.

De forma gradual, a partir do momento em que os partícipes da sociedade perceberam que o exercício de sua liberdade de forma ilimitada não os conduzia ao progresso pessoal esperado, tal liberdade passou a ser parcialmente renunciada e concedida a um ente exterior, formando um pacto social. Nesse contexto, os membros de um determinado grupo possuíam objetivos de crescimento comuns e aqueles que assim não se adequassem, seriam punidos ou extirpados de tal convívio social.

Desse modo, após a conjugação de *liberdades parciais* ao terceiro criado – Estado – a necessária e *legítima*¹⁵ força, outrora faltante, forma-se para repelir os atos contrários aos limites impostos por esse terceiro. Assim, ao Estado resta a escolha dos meios e limites de utilização desse instrumento coercitivo legítimo para a *melhor* evolução do grupo formado, que, agora, incorpora a ideia de Estado-tutor da sociedade, sendo, também, o seu dever a manutenção do grupo na paz almejada.¹⁶⁻

17

¹⁵. Frise-se: de forma legítima, pois possui parcelas de força advinda da concessão de liberdade de cada membro desse grupo social.

¹⁶. Nos dias contemporâneos, por intermédio do uso de seu poder impositivo democraticamente e constitucionalmente legítimo.

¹⁷. O juízo de Estado como a última instância mediadora das relações sociais, além de titular do monopólio da tutela jurisdicional é demonstrado por Thadeu Weber, em análise das lições de Hegel, por intermédio das seguintes impressões: “A última e definitiva instância mediadora das determinações da liberdade humana é o Estado. Embora, historicamente, seja anterior à sociedade civil, na lógica da realização da liberdade, o Estado é posterior à sociedade civil. Isto indica que aquele é a instância necessária para articular e administrar os conflitos e contradições desta. [...] Na Filosofia do direito, Hegel afirma que o ‘Estado é a realidade efetiva da liberdade concreta’ (§ 260). Mas o que é a liberdade concreta? Como se vê realizada? É a liberdade do Estado ou a liberdade dos indivíduos? Ou a liberdade do Estado é a liberdade dos indivíduos e vice-versa? Os parágrafos 260 e 261, que retomam o de número 155, são o núcleo-chave para o encaminhamento da solução do problema, talvez do maior problema da vida política: a conciliação dos interesses particulares com os interesses coletivos. No § 260, lemos: ‘A liberdade concreta consiste em que a individualidade pessoal e seus interesses particulares tenham seu total desenvolvimento e o reconhecimento de seu direito (no sistema da família e da sociedade civil), ao mesmo tempo que se convertem, por si mesmos, em interesse geral, que reconhecem com seu saber e sua vontade

Nesse sentido – tendo em vista a necessidade de controle desse *desenvolvimento* para que o seu caminho não seja desvirtuado pela imposição (ou violência ilegítima), em detrimento da razão –, hoje um conflito é dirimido de forma válida por intermédio do chamado do Estado-Juiz, que dirá qual é a melhor aplicação (quando provocado para tanto) do ordenamento jurídico para o caso concreto apresentado, instrumentalizado pelo *processo*.

Ainda, o Estado, conforme já exposto, detém a prerrogativa de impor a sua declaração do direito conforme suas conclusões e juízo, isto é, tem poder de executar sua convicção na sociedade, como palavra decisória final nas relações interpessoais. Em síntese, detém o monopólio (e o dever-poder) da prestação da tutela jurisdicional efetiva.¹⁸

Contudo, para a concretização da prestação jurisdicional pelo Estado, conforme nosso sistema democrático de direito instituído, existe a necessidade de normas cogentes de padrão de comportamento previamente estabelecidas para que, assim, o direito possa refletir em fatos sociais, os quais, em razão de tal reflexão – do *universo social ao universo jurídico* –, se tornam fatos jurídicos e detêm a permanente

como seu próprio espírito substancial e tomam como fim último de sua atividade. Desse modo, o universal não se cumpre, nem tem validade sem o interesse, o saber e o querer particular, nem o indivíduo vive meramente para estes últimos como uma pessoa privada, sem querer ao mesmo tempo o universal e ter uma atividade consciente dessa finalidade' (§ 260). O parágrafo estabelece o objetivo fundamental que se deve propor um Estado. É o ideal a que se possa chegar: a realização de interesses particulares na universalidade, enquanto conciliados e perfeitamente administrados e não eliminados. O universal se realiza, através do particular, e este, através do universal. O particular é a universalidade concretizada. Constrói-se, assim, a unidade, referida no § 261, do 'fim último universal' do Estado e o 'interesse particular dos indivíduos'. Isso se mostra, continua Hegel, no fato de que 'estes (os indivíduos) têm frente ao Estado tanto direitos como deveres'. Indica que, no Estado idealizado pelo autor, há uma identidade entre direitos e deveres; o indivíduo tem direitos, na medida em que tem deveres, e deveres, na medida em que tem direitos. Isso significa que aquilo que o Estado exige como um dever é, ao mesmo tempo, um direito para os indivíduos. Num Estado ético, há mútua restrição entre direitos e deveres. É o que torna possível a conciliação entre interesses particulares e interesses universais" (WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EdiPucRS, 1999. p. 133-134).

¹⁸. Trata-se, assim, da ação judicante do Estado, como descreve Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: "Afora a ação legislativa e executiva do Estado, há uma outra, chamada judicante, através da qual ele aplica a norma jurídica disposta pela ação legislativa aos casos concretos. Por ela se visa, imediatamente, a assegurar o direito constante da norma, que, em virtude de fato ou ato jurídico anterior, se afirmou no interesse de alguma ou algumas pessoas, e se acha ameaçado ou foi violado. Então, pretende ou pretendem essa ou essas pessoas a proteção do direito constante da norma. Tal se dá mediante ação judiciária. Porém, de modo indireto, através dessas partes litigantes, em controvérsia. Isso, ao contrário da ação legislativa, em que se vale dessa norma como parte atuante do Estado, para levar a efeito, de modo direto, o bem comum por ela cogitado, e efetivado pela ação executiva, como participantes da utilidade pública, então prevista no preceito legal" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 12-13).

tutela do Poder Judiciário.¹⁹

Dessa forma, diretamente se observa a realização desse discurso como o pilar principal de sustentação e fundamento do essencial controle da atividade da Administração Pública, responsável pela guarda da coisa pública.

Caio Tácito bem resume essa ideia, no que tange à vinculação do Estado ao princípio da legalidade para, assim, poder exercitar coativamente sua palavra final aos litígios que lhe são apresentados (quando de sua ação judiciária, ou judicante), da forma que se segue:

“O episódio central da história administrativa no século XIX é a subordinação do Estado ao regime da legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vinculação legal. O Executivo opera dentro de limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário. A esse fenômeno de *legalização* da atividade administrativa associa-se, mais recentemente, a tendência de fortalecimento do Poder Executivo. A sociedade liberal, baseada na livre iniciativa, aprofundou-se em contradições e antagonismos. Os interesses se organizaram em grupos, provocando conflitos intoleráveis com os postulados da ordem democrática. O Poder Público foi convocado a disciplinar e conter a atividade privada, sujeitando-a aos princípios do bem comum e da justiça social”.²⁰

No Estado nacional atual, trata-se de direito fundamental do homem a possibilidade de recorrer ao Estado-juiz (guardião do monopólio da tutela jurisdicional) para assim receber uma efetiva resposta apaziguadora de suas relações intersubjetivas, por meio de um processo justo e adequado.

Para tanto, evidencia-se a noção de que *o Estado existe para servir o homem e garantir sua existência com dignidade*. Isto é, o Estado-juiz, hoje, é o efetivo tutor dos valores fundamentais estabelecidos para a proteção do cidadão, em face –

¹⁹. Afirma José Frederico Marques que “as normas que a ordem jurídica impõe para disciplinar a convivência social costumam ser obedecidas e aplicadas, por mero contato virtual e espontaneamente. Contudo, na esfera das relações intersubjetivas, surgem, às vezes, conflitos de interesses em que se torna incerto ou descumprido o direito objetivo. Intervêm, então, o Estado, para compor o conflito, dar a cada um o que é seu e aplicar coativamente a norma jurídica adequada à situação litigiosa que se criou. Essa aplicação em concreto do direito objetivo, para solucionar conflito litigioso de interesses, o Estado a realiza através do processo e mediante o exercício de uma de suas funções básicas, que é a jurisdição” (MARQUES, José Frederico. Manual de processo civil. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 27).

²⁰. TÁCITO, Caio. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 1.

inclusive – do próprio Estado.

Nesse contexto, é o de se destacar as lições do Prof. Marinoni, ao lado dos Professores Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “O direito ao processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional (art. 5º, LIV, CF). É o modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para obtenção de decisões justas. O direito ao processo justo é um direito de natureza processual. Ele impõe deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva. É por essa razão que se enquadra dentro da categoria dos direitos à organização e ao procedimento”²¹.

Após a apresentação, em breves linhas, dos fundamentos e do instituto sublinhado, examinar-se-á seu conceito e a composição jurídica para contrapor seus valores com a essencial necessidade de proteção do cidadão.

4. CONSTRUÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA INAFASTABILIDADE DA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL PELO ESTADO

O princípio fundamental processual²² da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional trata do poder-dever²³ que o Estado detém de adequadamente – ou seja, a partir de uma ponderação racional e proporcional dos valores envolvidos – manifestar-se e posicionar-se de forma final sobre o direito que lhe fora questionado.

Assim, o dever mencionado surge a partir da incitação do Estado-juiz pelo jurisdicionado. Desse modo, não cabe ao Poder Público agir sem a estrita

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3ª Ed. RT, São Paulo. 2017. p. 154.

²² Sob a ótica processual e da necessária interpretação constitucional deste ramo.

²³ . Utiliza-se, também, a expressão: dever-poder. Tal discussão doutrinária entre poder-dever e dever-poder e seus reflexos hermenêuticos não serão analisados neste estudo, assim, dever-se-á considerar a ideia de que o Estado possui a prerrogativa do uso de força legítima para o alcance de determinando fim – com o constante viés do alcance do “interesse público” (outro instituto longe de ter um conceito homogêneo na doutrina) – bem como, a ausência de faculdade de utilização de tal poder (considerando a finalidade e a necessidade de motivação dos atos administrativos), sendo este vinculado à lei e aos valores do direito, mesmo quando existem a virtual margem discricionária de atuação normativa do Estado.

manifestação dos partícipes da sociedade, pelos representantes desta, ou, até mesmo, pelo Estado, para, a partir desta lógica, obter-se a garantia de seus deveres de imparcialidade (juiz natural²⁴), entre outros.

Isso posto, o viés *fundamental* da *inafastabilidade da tutela judicial* é estabelecido quando se denota do seu conteúdo – extraído em total consonância com a ideia correspondente de *direito fundamental* – a essência explanada por Martin Borowski e por Ingo Wolfgang Sarlet, como segue:

“Los derechos fundamentales nacionales son los derechos individuales que adquieren una dimensión positiva en las constituciones nacionales de los Estados democráticos constitucionales y que por lo general representan un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo. A diferencia de los derechos nacionales y supranacionales, estos derechos tienen la máxima jerarquía en el sistema jurídico nacional y son exigibles judicialmente”.²⁵

“Com base no nosso direito constitucional positivo, e integrando a perspectiva material e formal já referida, entendemos que os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam ser-lhes equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5.º, § 2.º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos

24. “O princípio do juiz natural é consectário da experiência inglesa desde a Magna Carta de 1215 até a Petition of Rights de 1628 e a Constituição dos EUA de 1776. A Lei de Organização Judiciária de 1790, fruto da Revolução Francesa, estabeleceu a garantia do juiz natural. A garantia do juiz competente constitui-se, nesta primeira fase, sinônimo de liberdade civil, para mais tarde ser compreendida como garantia processual. O princípio está afirmado na Constituição de 1988 no art. 5.º, incisos XXXVII – ‘não haverá juízo ou tribunal de exceção’ – e LIII – ‘ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente’. (...) Segundo Angélica Arruda Alvim: ‘o chamado princípio do juiz natural encontra-se consagrado na generalidade das Constituições ocidentais. Conjuga-se esse princípio com a vedação constitucional dos Tribunais de exceção, pois que, é por intermédio da articulação de ambos os princípios que se terá um órgão estável e um juiz imparcial, ao qual se atribuem as garantias da magistratura’. Como anteriormente salientado, o princípio do juiz natural não tem conteúdo organizatório e sim limitativo do poder estatal, no intuito de resguardar situações individuais, comportando-se como princípio-garantia.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 323-324.)

25. BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 33.

princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais).”²⁶

Observa-se que o princípio constitucional em roga possui o selo de *fundamental* em razão de ser o chamado *monopólio de prestação jurisdicional pelo Estado*, fator essencial para a estabilidade das relações intersubjetivas da nação, na mesma esfera, por se tratar de instituto que não pode ficar à mercê do inseguro e *flexível*²⁷ sistema de renovação e reforma legislativa nacional, pois advém dele toda a segurança jurídica de que o Estado Democrático de Direito realmente possui um efetivo guardião.

Dessa maneira, conforme assertivas doutrinárias frisadas, observa-se o caráter de princípio fundamental no dispositivo em destaque, pois apresenta a característica de *disposição normativa máxima* na hierarquia do sistema nacional e encontra-se em posição jurídica indisponível para os poderes constituídos.

Por outro prisma, não excludente do anterior observado, a disposição constitucional em questão trata-se de *princípio constitucional processual*, em razão da necessária e apropriada instrumentalidade da máquina estatal (feito por meio de normas processuais) para a plena efetivação do seu conteúdo constitucional fundamental. Faz-se necessário, então, artifícios hábeis ou suficientes para que o estado possa garantir a paz social e a estabilidade econômica da sociedade, assim como a segurança das relações sociais e jurídicas para, conseqüentemente, bem prestar a obrigatória tutela do primado dos direitos fundamentais.²⁸

Hierarquizar esse instrumento processual como *fundamental* significa conferir a esta norma um grau de importância maior aos demais caracteres normativos meramente processuais. Por outro lado, rotular esta norma fundamental como, também, processual, tem como fito viabilizar sua direta operacionalidade. Isso em razão do necessário estímulo doutrinário de aplicação e orientação do intérprete para a melhor aplicação do direito. Nesse caso, vale o esforço de demonstração da efetividade imediata e indisponível deste princípio fundamental da prestação da tutela

²⁶. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. 1, n. 1, p. 11, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2006.

²⁷. Em virtude da frequência de atualização legislativa nacional, não há como encontrar outra definição, senão de que se trata de uma legislação flexível.

²⁸. Considerando o constitucional monopólio da dicção jurisdicional do Estado.

jurisdicional pelo Estado.

Não só o princípio fundamental processual em destaque, bem como os demais envolvidos na estrutura jurídica pátria devem ter como norte a proteção do homem, como ser humano detentor de garantias em face da máquina pública que lhe retira energias para se manter. O Estado não existiria senão para servir e impor limites ao homem. Imposição de limites e servidão com finalidade de auxiliá-lo a desenvolver-se na sua totalidade, para que, assim, a sua energia utilizada pelo Estado seja aprimorada – incessantemente – com fim de recepção do tão aclamado progresso contínuo do País.

Da forma analisada, a expressão deste princípio fundamental processual é de que nenhuma força normativa, inclusive aquela explanada pelo próprio juiz, pode levar o Estado a escapar de sua obrigação de impor e servir ao direito, por meio da exposição da palavra final às relações jurídicas que lhe são apresentadas para, desta maneira, conceber confiabilidade e estabilidade das relações sociais e jurídicas.

De igual monta, para gerar uma determinada previsibilidade das adequações procedimentais da estrutura estatal, fazendo, destarte, emergir a busca incessante pela paz e tranquilidade do seu povo – procura esta provedora do maior desenvolvimento do Estado e da própria sociedade que o compõe.

Nessa mesma esteira, para a imprescindível prestação da adequada tutela jurisdicional estatal, é imperativa a eterna observância de diminuição dos óbices criados pelo Estado no tocante ao acesso do cidadão à efetiva resposta jurisdicional pelo Estado – por barreiras trazidas seja pelo Executivo, seja pelo Legislativo, seja pelo próprio Judiciário – para impedir a sua fuga dessa sujeição constitucionalmente imposta.

Vale frisar que entende-se por adequado e efetivo²⁹ exercício da prestação

²⁹. Segundo Humberto Theodoro Junior, “instrumentalismo e efetividade são ideias que se completam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento. Há de se encontrar na sua compreensão e no seu uso a técnica que se revele mais adequada para que o instrumento produza sempre o resultado almejado: ‘A solução das crises verificadas no plano do direito material é a função do processo’ [José R. dos Santos Bedaque], de sorte que quanto mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos de natureza substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: teoria geral de direito processual civil e processo de conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 20).

jurisdicional pelo Estado³⁰ a resposta (seja favorável ou não ao reclamante) do Judiciário ao questionamento realizado pelo jurisdicionado – efetivada de forma imparcial, racional, ponderada e de acordo com os critérios de proporcionalidade, conforme os valores legais e de direito do nosso ordenamento e dentro de um prazo razoável para sua processualização.³¹ Compreende-se, também, nessa esteira, como o exercício do Estado de constante atualização das normas instrumentais do processo, para o entendimento e atendimento das novas necessidades geradas pela constante evolução da sociedade, justamente em atenção ao desenvolvimento nacional e a construção da sociedade livre e justa, conforme apregoa o art. 3.º da Constituição da República de 1988.

Importante lembrar que não há como confundir a ausência de apreciação de pretensa lesão ou ameaça a direito com a prestação jurisdicional diversa das pretensões do questionador,³² isto é: *decisão contrária aos interesses da parte não configura, por si só, negativa de prestação jurisdicional*³³ pelo Estado.

Salienta-se que decorre como reflexo de tal princípio fundamental o direito fundamental de ação, que garante a qualquer sujeito³⁴ a possibilidade de requerer ao Estado – mediante o Poder Judiciário – a apreciação de lesão ou ameaça ao seu bem juridicamente tutelado (corpóreo ou não), também, conforme dispõe o art. 5.º, XXXV, da CF/88.

³⁰. “Quando se pensa em tutela jurisdicional efetiva, descobre-se, quase por necessidade, a importância da relativização do binômio direito-processo. O processo deve estar atento ao plano do direito material se deseja realmente fornecer tutela adequada às diversas situações concretas. O direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos passa a ser visto como algo absolutamente correlato à garantia de acesso à justiça. Sem a predisposição de instrumentos de tutela adequados à efetiva garantia das diversas situações de direito substancial não se pode conceber um processo efetivo. O direito de acesso à justiça, portanto, garante a tutela jurisdicional capaz de fazer valer de modo integral o direito material. Lembre-se, aliás, que a Corte Constitucional italiana já afirmou que ‘o direito à tutela jurisdicional está entre os princípios supremos do ordenamento constitucional, no qual é intimamente conexo com o próprio princípio democrático assegurar a todos e sempre, para qualquer controvérsia, um juiz em sentido verdadeiro’” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 32).

³¹. Conforme art. 5.º, LXXVIII, da CF/88.

³². STJ, 2.ª T., AgRg no Ag 318549/SP; AgRg no AgIn 2000/0067309-9, Min. Franciulli Netto (1117), – j. 23.10.2001, DJ 25.02.2002, p. 357: “Inviável acolher o argumento de que o art. 5.º, XXXV, da CF tenha sido violado, pois não há confundir ausência de apreciação de pretensa lesão ou ameaça a direito com a prestação jurisdicional diversa das pretensões da recorrente”.

³³. STF, 2.ª T., AgRg no AgIn 545775/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 22.11.2005, DJ 16.12.2005, p. 101, Ement v. 02218-12, p. 2.280. “(...) III. Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (CF, art. 5.º, XXXV)”.

³⁴. Direta ou indiretamente, conforme a instrumentalização do exercício de tal direito, feita pelas normas processuais ordinárias.

Para Luiz Guilherme Marinoni³⁵, “o direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”.

Na mesma doutrina, ressalta que “a compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade (em sentido lato) requer adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial. *Pensando-se a partir daí fica mais fácil visualizar a técnica efetiva, contribuindo-se para sua otimização e para que a efetividade ocorra do modo menos gravoso ao réu.* Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela”.

Em outra ocasião, Luiz Guilherme Marinoni³⁶ relata que “essa norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva. A sua importância, dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, é de fácil assimilação. É sabido que o Estado, após proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Como contrapartida dessa proibição, conferiu aos particulares o direito de ação, até bem pouco tempo compreendido como direito à solução do mérito. A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado – além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito. Mas, não há como esquecer, quando se pensa

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Revista Gênesis de Direito Processual Civil, v. 28, p. 342-381, 2003.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Associação dos Magistrados Brasileiros, v. 1, p. 68-81, 2006.

no direito à efetividade em sentido lato, de que a tutela jurisdicional deve ser tempestiva e, em alguns casos, ter a possibilidade de ser preventiva”.

Nelson Nery Jr. expressa que o direito de ação é um *direito público subjetivo* exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-juiz não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo jurisdicionado. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causa de responsabilidade do servidor. Assim, para o autor, pode-se verificar que o direito de ação é um direito cívico abstrato, vale dizer, é um *direito subjetivo à sentença tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições de ação. A realização de um direito subjetivo é alcançada quando se consegue o objeto desse mesmo direito.³⁷

A partir das lições de Canotilho e Vital Moreira, Ronnie Preuss Duarte assenta que o direito de acesso à justiça é uma emanção indissociável do Estado de direito. Não se pode falar, absolutamente, em Estado de democrático de direito sem que aos cidadãos seja garantida, em toda a sua plenitude, a possibilidade de, em igualdade de condições, socorrer-se dos tribunais para a tutela das respectivas posições jurídicas subjetivas. Cuida-se do direito geral de proteção jurídica, cujo asseguramento é dever inarredável do Estado em face dos cidadãos sendo, ainda, uma imposição do ideal democrático.³⁸

Destaca-se, neste momento, após a expressão do princípio fundamental da ação, os meios constitucionais³⁹ que viabilizam a sua efetivação.

Caio Tácito, ao analisar historicamente os *remédios constitucionais fundamentais à proteção* do cidadão – tendo em vista o princípio fundamental processual ora tratado –, traz um rico e estruturado elenco das formas judiciais de proteção do particular, diante da violação ou ameaça a direitos e liberdades por ato ou inércia da atividade estatal, quais sejam: “*habeas corpus*; mandado de segurança; ação popular; ação civil pública; ação expropriatória; executivos fiscais; *habeas data*;

³⁷. NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 64.

³⁸. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra Editora. 1993. p. 161. Apud DUARTE, Ronnie Preuss. Garantia de acesso à justiça. Coimbra: Coimbra Editora. 2007. pp. 88-89.

³⁹. Sem deixar de lembrar de outros instrumentos estabelecidos na legislação processual.

mandado de injunção (controle da ação administrativa de forma secundária); e as ações ordinárias cabíveis (por exemplo: demandas de responsabilização civil do Estado, anulação de atos administrativos ilegais)".⁴⁰

⁴⁰. Conforme transcrito a seguir: "A garantia de direitos do administrado encontra, na tradição brasileira, crescente aperfeiçoamento quanto aos remédios oferecidos ao exercício eficaz do controle jurisdicional de legalidade. No início da República, o art. 13 da Lei 221, de 20.11.1894, instituiu a ação sumária especial, a que não teria sido estranha a sugestão de Rui Barbosa. A unificação do processo civil, em 1939, suprimiu esse remédio especial, como bem demonstrou Seabra Fagundes (O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 5. ed., p. 237). Foi, contudo, mediante a ampliação, por via jurisprudencial, do âmbito do habeas corpus que o Supremo Tribunal Federal aprimorou, no primeiro quartel deste século, a defesa dos direitos certos e incontestáveis – segundo a terminologia da época – contra a ação ilícita do Executivo. O writ passou a amparar tanto a liberdade de locomoção como todo e qualquer direito a cujo exercício essa liberdade fosse meio. O direito de ir e vir (conteúdo clássico do remédio especial), era, assim, entendido como manifestação do direito-escopo, na consagrada expressão do Ministro Pedro Lessa, arauto na formação dessa construção judicial. Esta chamada teoria brasileira do habeas corpus supriu a lacuna da lei processual, propiciando meio célere de amparo a direitos individuais e políticos. A reforma constitucional de 1926 deliberadamente visou a suprimir a criação ampliada da jurisprudência, reconduzindo o habeas corpus aos limites clássicos como remédio tão somente contra a efetiva ou iminente violência à liberdade de locomoção (nova redação do art. 72, § 22). Logo se sucederam, porém, os projetos de lei cuidando de suprir o vazio. Gudesteu Pires, ainda no ano de 1926, apresenta na Câmara de Deputados, projeto de lei propondo instituir mandados de proteção e de restauração, como veículo de defesa de 'direito líquido e certo', expressão que viria a ser consagrada, no futuro tratamento constitucional da matéria. Afrânio de Melo Franco oferece substitutivo ao projeto, ao qual se sucede outro substantivo, da lavra de Mattos Peixoto. Outras proposições semelhantes são iniciadas por Odilon Braga, Bernardes Sobrinho, Clodomir Cardoso e Sergio Loreto, marcando-se a tendência de um instituto processual sumário para a contenção dos abusos administrativos. Interrompido o funcionamento do Congresso, com a Revolução de 1930, volta à baila o assunto na elaboração de uma nova ordem constitucional. No anteprojeto de Constituição da chamada Comissão do Itamarati, João Mangabeira propõe que, em garantia de direito incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo, seja concedido remédio especial, a ser intitulado como mandado de segurança. E, por essa forma, ingressa no plano constitucional, em 1934, a ação especial, que se constitui no instrumento por excelência de garantia de direitos fundamentais perante a ação administrativa do Estado (art. 113, 33). (...) Igualmente com a Constituição de 1934 (art. 113, 38), consagra-se a ação popular, com a atribuição de legitimidade processual ativa a qualquer cidadão para pleitear a declaração de nulidade ou anulação de atos danosos ao patrimônio público. Repetida nas Constituições que se sucederam (à exceção da de 1937) (...). Antes mesmo, no entanto, de sua regulamentação, o Poder Judiciário admitiu o uso da ação popular, embora submetida ao rito ordinário. Foi pioneira, nesse sentido, sentença do então Juiz José Frederico Marques, inspirado nas lições de Carlos Maximiliano (ver RDA 53/46). Não está em causa, na ação popular, a defesa de um direito individual. O autor, titular da ação, exerce um direito inerente à cidadania. Por esse fundamento, a legislação tornou-se privativo da pessoa física, no gozo de direito público, não se estendendo a pessoas jurídicas. O interesse coletivo levou, ainda, a que, nas duas últimas décadas, a defesa de direitos humanos se ampliasse para, a par de direitos coletivos de categorias específicas, ligadas por uma relação jurídica básica (como os titulares de direitos sociais), proteger o interesse legítimo de grupos de pessoas indeterminadas, embora vinculadas por um valor social comum. Nasce, por essa forma, os denominados interesses difusos, que têm, como conteúdo, bens coletivos, sem dono certo, mas de relevante interesse geral. Aos habitantes de determinada região são essenciais as condições do meio ambiente; aos consumidores importa substancialmente a qualidade dos produtos ou a defesa contra manipulações do mercado; livre acesso à informação isenta ou a proteção de valores históricos e artísticos são meios elementares de difusão e preservação da cultura. Para atender a tais direitos difusos, agredidos ou ameaçados pela ação ou inércia dos poderes públicos, disciplina-se (...) a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, bem como a bens e direitos de valor

Assim exposto, acerca do princípio fundamental processual da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, bem como os seus essenciais reflexos para o próprio Estado e para a sociedade, no sentido de impor deveres próprios daquele que detém o Poder Constitucional de solução de litígios,⁴¹ ainda, na acepção de concessão de paz para o pleno desenvolvimento daqueles que conferiram tal Poder, destacam-se as seguintes lições de Caio Tácito.

O autor bem expressa o papel e a importância – o espírito – de tal norma no ordenamento jurídico nacional quando afirma que: “Não são as represas, mas as usinas, que geram a luz e calor, domesticando a serviço do homem a força irreversível das correntes. O direito tem como finalidade o desenvolvimento da civilização, conciliando a tendência à estabilidade, ou seja, à permanência das situações constituídas, com o sentido da evolução, ou da reforma das instituições, como o propósito de consumir a justiça distributiva. A ordem jurídica não exclui o progresso social. São antes noções que se complementam, integrando-se – como na legenda de nossa bandeira – como a suprema aspiração da justiça”.⁴²

Constitui, destarte, instrumento primordial do direito para atingir tais

artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Em tais ações, o Poder Público, representado pelo Ministério Público, tem legitimidade ativa, da qual compartilham as associações destinadas à proteção do meio ambiente ou de defesa do consumidor. Todavia, o Poder Público estará igualmente no polo passivo da relação processual, na medida em que o dano tenha como agente pessoa estatal ou paraestatal. Dirige-se, portanto, a ação civil pública ao controle jurisdicional da conduta ilícita da Administração Pública que importe lesão aos valores protegidos pelo remédio especial. Quando assim se venha a colocar a relação processual, estará o Ministério Público, ao mesmo tempo, representando tanto o autor como o réu. O controle judicial de legalidade da Administração Pública também se exercita nos casos em que execução de atos administrativos depende de ato judicial, de que são exemplos a ação de desapropriação e a ação executiva de créditos fiscais. De outra parte, o controle jurisdicional da Administração Pública também opera pelo rito ordinário, marcando destaque, pela frequência de seu uso, as medidas cautelares inominadas, de eficácia rápida na contenção de ilegalidades administrativas. (...) Duas novidades certamente inauguram, a partir da promulgação da nova Carta Magna, ampla polêmica quanto a executoriedade do controle jurisdicional: o mandado de injunção e o habeas data. (...) O habeas data assegura tanto o conhecimento das informações pessoais do impetrante, como a retificação dos dados, a ser feita na mesma lide. (...) Aperfeiçoa-se, na hipótese, o direito individual de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, a que alude o inc. XXXIII do art. 5.º. Por último, a Constituição formaliza instrumentos peculiares como garantia contra a inércia legislativa, na medida em que a fruição de direitos, liberdades e prerrogativas se tornar inviável pela falta de norma regulamentadora. Com essa finalidade, está prevista a concessão de mandado de injunção (art. 5.º, LXXI). Complementarmente, o art. 103 admite a declaração de inconstitucionalidade por omissão de medida necessária a tornar efetiva norma constitucional, competente, no caso o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a)”. (TÁCITO, Caio. Controle judicial da Administração Pública. RDP, n. 91, p. 28-29).

⁴¹. Como já mencionado, com a ressalva da competência do Senado estampada no art. 52, I e II, da CF/88.

⁴². TÁCITO, Caio. Direito... cit., p. 366.

finalidades, e para proteger o Estado Democrático de Direito, aquele que confere o poder-dever ao Judiciário de agir – prestar tutela jurisdicional – sempre e quando for questionado sobre uma determinada ameaça ou lesão a direito.

Dessa forma, resta determinado o eixo principal da adequada prestação jurisdicional no controle estatal, a partir da aplicação das presentes noções de uma *efetiva, eficaz e eficiente atividade jurisdicional para proteção do cidadão* no âmbito da atividade administrativa do Estado.

Faz-se importante a consolidação desta base ideológica sobre o papel controlador dos partícipes do Estado para, assim, desenvolver uma análise a respeito do instituto jurídico do controle da Administração Pública, com fins de conceder vias de acesso ao cidadão para que possa buscar o atendimento e a proteção de seus direitos fundamentais.

5. CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A constituição de poder sem controle é dominação. Da dominação decorre humilhação que, em longo prazo, por meio de superação, gera o fim deste poder. Isto é, *controle é elemento mantenedor do poder legitimamente constituído*. Deixa-se claro que o poder estatal só consegue alcançar seus objetivos produtivos de promoção do bem de todos por meio de um estreito, eficiente e efetivo *sistema de controle do que é público*, com destaque ao papel do Judiciário, conforme determinação constitucional estampada no art. 5.º, XXXV, da CF/1988.

Nesses termos, sublinhe-se, *não há liberdades no agir público*. Todo e qualquer ato estatal precisa de linhas limítrofes objetivamente estabelecidas para que se viabilize o *controle de tudo aquilo que é público* – pois não pertence ou está disponível a este ou a aquele, mas a todos e para o bem de todos (nos limites da possibilidade de alcance do maior número de pessoas possível).

O controle do ato administrativo é necessário quando o Estado atua de maneira furtiva aos valores que conformam o Direito como um sistema harmônico e concatenado, ou, até mesmo, quando se faz necessária a chancela do ato administrativo questionado, concedendo maior força coercitiva e legitimidade para as

atividades administrativas eventualmente questionadas. O pleno controle do aspecto discricionário do ato administrativo, então, justifica-se quando *se caracteriza a noção doutrinária e jurisprudencial de que é supostamente ‘normal’ a existência de espaços de sombra na atuação estatal e livre de controle externo próprio de regimes democráticos republicanos.*

Desse modo, torna-se fundamental a *busca de instrumentos que selem e retomem os trilhos dos valores fundamentais de um Estado criado para o claro propósito de fazer e trazer benefícios concretos para a sociedade e cidadãos que representa e que precisa promover seu desenvolvimento intersubjetivo.* Logo, se admitidos tais espaços insindicáveis, certamente perderá sua legitimidade e forma coativa de promoção dos seus objetivos constitucionais, fato que ensejará seu desmoronamento, tal qual um castelo de cartas.

O controle judicial do ato administrativo é a força do Estado-juiz aplicada à atividade executiva estatal com o objetivo de *impedir* ou *corrigir* sua atuação fora dos limites do sistema legal institucionalizado, ou contrária aos valores que conformam o Direito, e de, até mesmo, *chancelar* a regularidade do ato administrativo. É, basicamente, a atividade que tutela, com força definitiva final, como a Administração deve se portar para cumprir sua missão constitucional – quando assim se distancia deste seu desiderato fundamental.

Como expressado, o ato administrativo depende do Estado-juiz para se manter em conformidade com o sistema jurídico, mesmo quando não há uma concreta atuação do Judiciário em seus efeitos. Isto porque, para manutenção do Estado de Direito, torna-se obrigatória (pelo menos) a *expectativa* de que os atos administrativos possam ser tutelados por um ente constitucionalmente constituído para *chancelar* ocasionais legalidades, ou *corrigir* – ou *impedir* – eventuais ilegalidades.

O poder de apreciação da legalidade de qualquer ato da Administração Pública pelo Judiciário, como já tratado, é determinação constitucional, logo, não se questiona a possibilidade de controle de tais atos, mas sim a *operacionalização* e a *materialização* dessa fundamental atividade estatal.⁴³

⁴³ . Lúcia Valle Figueiredo afirma que “o controle jurisdicional [da Administração] é princípio estruturante do Estado de Direito. A possibilidade de controle jurisdicional, como hoje se conhece, com influência da Constituição americana, sobretudo de Marshall, do judicial review, aparece na Constituição da República, 1891, e sobrevive até agora. A possibilidade de controle judicial é a mola propulsora do Estado do Direito” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Controle jurisdicional da

Miguel Seabra Fagundes lembra que “o controle jurisdicional dá oportunidade à análise contraditória, não só dos atos e fatos administrativos, mas também à das suas origens”. Isto é, o autor destaca o papel de controle de legalidade exercido pelo Judiciário, pois este “pode remontar do exame do ato material ao do ato administrativo que lhe serve de base, do exame do ato administrativo ao da lei que o autoriza, indo até a Constituição, para verificar se o legislador ordinário se conteve nos limites constitucionais”.⁴⁴

Conforme indicado, ao Judiciário, quando provocado, cabe a verificação da consonância do ato administrativo com a respectiva disposição legal que o embasa. Ou seja, é de sua competência a análise de critérios *objetivos* do ato administrativo. Este Poder do Estado, em princípio, conforme a estrita observação do princípio constitucional da tripartição dos poderes (art. 2.º da CF/1988), não poderia interferir na análise de critérios *subjetivos* (mérito: critérios de conveniência e oportunidade)⁴⁵ do ato administrativo, apenas tendo a capacidade de revisão dos aspectos legais – *objetivos*.

Isso, pois, seria vedada a revisão do *mérito* motivador do ato administrativo pelo Judiciário, excetuando a ocorrência de comprovação de que o respectivo critério de formação do ato está disforme aos ditames da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade. Frisa-se que esse raciocínio está de acordo com o prisma puramente superficial de uma atuação ‘executiva’ estatal – fato que não se coaduna com a presente proposta, dada a natural conclusão que cabe ao Judiciário, sempre, a última palavra no sistema nacional,⁴⁶ por meio de uma racional ponderação dos

administração pública. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. n. 6. Curitiba, 2001). Nessa linha, Celso Antônio Bandeira de Mello assenta que “é ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Nesse mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 27. ed. Malheiros: São Paulo, 2010. p. 108).

⁴⁴ . FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Atualização de Gustavo Binenboam. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 133.

⁴⁵ . Em conformidade com linha de raciocínio expressada no presente estudo, apresenta-se a seguinte decisão: REsp 429.570/GO, DJ 22.03.2004; MS 6.166/DF, DJ 06.12.1999; MS 9.190/DF, DJ 15.12.2003; MS 4.269/PE, DJ 17.06.1996; e REsp 429.570/GO, DJ 22.03.2004; MS 9.944/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.05.2005.

⁴⁶ . Contudo, ainda não é a posição adotada pelo Poder Judiciário, como se depreende dos seguintes julgados: “1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei 9.472/1997 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em

valores envolvidos em cada litígio a ser analisado.

Importante lembrar que desde os primórdios primitivos à realidade contemporânea, a história da humanidade se resume em *dominação*, *humilhação* e *superação*. Atualmente, no Estado de Direito, a superação das questões geradas das interações intersubjetivas ocorre por meio da determinação dos caminhos a serem percorridos, regra geral, pelo Estado constitucionalmente constituído e aparelhado para conceder a melhor resposta aos conflitos levados à sua apreciação. E, então, para o alcance da melhor resposta, o empenho é procurar ferramentas para conter a lógica da dominação de algum setor, ou grupo, mais forte sobre outros hipossuficientes, pois a lógica da *dominação*, *humilhação* e *superação* não traz, necessariamente, o melhor desenvolvimento possível do cidadão.⁴⁷

Dessa maneira, faz-se necessária a criação de um ente voltado ao objetivo de promoção do desenvolvimento sinérgico dos envolvidos no sistema de convivência intersubjetiva. Como já narrado, trata-se da substituição de uma *força* ilegítima (não aceita pelo sistema constitucional estabelecido) por uma *força* legítima (aceita por esse sistema) – mas não deixa de ser *força*.

Logo, o *indispensável controle jurisdicional integral do que é público visa, de forma geral, a realização dos objetivos do art. 3.º da CF/1988* (que, em resumo, estabelece a promoção e o desenvolvimento intersubjetivo do cidadão e dos demais partícipes do Estado).

prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. 2. A delimitação da chamada ‘área local’ para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das ‘áreas locais’ estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir. (...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 572070/PR (2003/0128035-1), 2.ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha (1123), j. 16.03.2004, DJ 14.06.2004, p. 206). “1 – Nos termos da Lei 9.472/1997, regulando o setor de telecomunicações, com vista ao aprimoramento do serviço de telefonia em favor da população, cabe privilegiar a atividade das agências reguladoras para o desenvolvimento do setor. 2 – Em princípio, o padrão de qualidade dos serviços de telecomunicação, implica custos e despesas decorrentes, cabendo ao Poder Judiciário a defesa do consumidor sem adentrar em áreas de conhecimento técnico de telefonia, sob pena de comprometer a eficiência, segurança e continuidade do serviço prestado. (...)” (BRASIL. Tribunal Regional Federal. AC 2002.70.11.0005179/RS, 4.ª Reg., DJU 25.05.2005) (grifos nossos).

⁴⁷ . Na condição de homem inserido no Estado e integrante do pacto constitucional.

Mas é possível verificar alguns entraves na busca de tal objetivo, como o discurso que defende que a aplicação do artigo 2º da CF/88 seria um fator impeditivo do pleno controle judicial da atuação administrativa do Estado.

Isso porque, a perspectiva clássica e estanque sobre a tripartição dos Poderes, em que se estabelece predeterminados limites de atuação de cada Função do Estado, sob as respectivas dimensões primordiais, não traz mais respostas suficientes aos anseios das questões que demandam a sua aplicação. Isto porque, faz-se necessário interpretar a tripartição das Funções estatais conforme o constitucional vetor da cooperação e coexistência harmônica entre as Funções Jurisdicional, Legislativa e Executiva do Estado. Em especial, ao assunto abordado na presente tese, imaginar que o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa é ato contrário à teoria da separação das Funções do Estado, por suposta usurpação – ou substituição – de competência administrativa, pelo Judiciário, é conclusão incoerente.

Tal situação não representa agressão ao art. 2.º da CF/1988, mas o pensamento recíproco, sim. Imaginar que qualquer atividade administrativa do Estado possa estar distante da plena sindicabilidade jurisdicional é o retrato da usurpação da competência jurisdicional do Poder Judiciário por extensão ilegítima da atividade administrativa do Executivo com força decisória final (uma vez que não poderia ser revista pelo Estado-juiz).

Logo, admitir o pleno controle da atividade administrativa estatal – inclusive, a discricionária – é fortalecer a teoria da separação das Funções do Estado, conforme expressão do art. 2.º da CF/1988, aplicando-a tal como a imprescindível interpretação sistemática do Direito, de modo a dar legitimidade da produção do ato administrativo. Isto porque, o ato administrativo apenas será legítimo, portanto, cogente, se for produzido conforme a plena verificação – e nova verificação, se necessário – de sua conformação legal e aos valores do Direito. Realização tal feita por escolha constitucional estampada no art. 5.º, XXXV, da CF/1988, pelo Estado-juiz – sem que, por isso, simplesmente (ou sem motivação constitucionalmente aceitável), promova a substituição da vontade executiva por sua vontade judicial.

6. CONCLUSÃO

A necessária interpretação constitucional do exercício da tutela jurisdicional da atividade administrativa estatal, como prega o Prof. Marinoni, precisa ser efetivada de forma plena e não apenas em alguns exemplos heroicos do Judiciário.

Não há mais espaço para se pregar técnicas de escapismos administrativos. Mesmo porque, não se pode mais compreender que tal controle figure num mero método negativo repressivo da atuação executiva do Estado.

Hodiernamente, o controle judicial da Administração Pública indica um fortalecimento da própria atividade administrativa estatal. Isso porque, a chancela de legalidade trazida pela verificação jurisdicional reforça a legitimidade do ato administrativo.

Em suma, é o momento de observar que o *controle* não é, apenas, elemento de atraso de desenvolvimento, mas, sim, mecanismo de legitimação, de segurança e de concatenação de uma previsibilidade mínima decisória para uma sustentável e permanente evolução do sistema e de seus partícipes.

REFERÊNCIAS

- Bacellar Filho, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003
- Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.
- Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979
- Borowski, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 33.
- Canotilho, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora. 1993.
- Canotilho, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora. 1993.
- Duarte, Ronnie Preuss. **Garantia de acesso à justiça**. Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

Fagundes, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Atualização de Gustavo Binenboam. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. **Elementos de direito municipal**. São Paulo: RT, 1993.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público**. 3ª ed. RT. São Paulo. 2016.

FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da administração pública**. 4ª ed. Saraiva. São Paulo. 2016.

Grau, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Justen Filho, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 3. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Marques, José Frederico. *Manual de processo civil*. Campinas: Bookseller, 1997

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª Ed. RT, São Paulo. 2017.

Marinoni, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Gênese de Direito Processual Civil**, v. 28, p. 342-381, 2003.

Marinoni, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. **Revista da Escola Nacional da Magistratura, Associação dos Magistrados Brasileiros**, v. 1, p. 68-81, 2006.

Nery Jr., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

Pazzaglini Filho, Marino. **Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2000.

Sarlet, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 11, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

Tácito, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

Weber, Thadeu. ***Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano***. Porto Alegre: EdIPucRS, 1999.

**O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: A
(IN)SINDICABILIDADE DA DECISÃO *INTERNA CORPORIS***

**THE JURISDICTIONAL CONTROL OF THE PARLIAMENTARY ACTS: THE (IN)
SYNDICABILITY OF THE CORPORIS INTERNAL DECISION**

Victor Aguiar Jardim de Amorim⁴⁸

RESUMO: O presente artigo tem por propósito empreender uma análise a respeito dos fundamentos e premissas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante ao controle jurisdicional do processo legislativo tendo como parâmetro os regimentos internos das Casas Legislativas. Para tanto, foi realizado um estudo de caso concernente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF, em que se afastou a alegação de inconstitucionalidade formal da Emenda Constitucional nº 62, de 2009, em vista da não observância de interstício mínimo entre os dois turnos de votação, conforme previsto em Regimento Interno do Senado Federal. A partir de tal levantamento, as premissas elementares da doutrina dos atos *interna corporis* serão analisadas sob duas perspectivas: o procedimentalismo capitaneado por Jürgen Habermas e John Hart Ely e a proposta de revalorização do Poder Legislativo existente nas obras de Jeremy Waldron.

PALAVRAS CHAVE: Democracia; Separação de Poderes; Processo Legislativo; Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the foundations and premises of the jurisprudence of the Federal Supreme Court regarding the judicial control of the legislative process having as a parameter the internal regulations of the Legislative Houses. For this purpose, a case study concerning the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality No. 4,425 / DF was carried out, in which the allegation of a formal constitutional amendment of Constitutional Amendment No. 62 of 2009 was rejected, in view of the non-observance of a minimum gap between two rounds of voting, as provided in the Federal Senate Internal Rules. From this survey, the elementary premises of the doctrine of internal corporate acts will be analyzed from two perspectives: the proceduralism led by Jürgen Habermas and John Hart Ely and the proposal to revalue the existing Legislative Power in the works of Jeremy Waldron.

KEYWORDS: Democracy; Separation of Powers; Legislative process; Control of Constitutionality.

⁴⁸ Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor de pós-graduação do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Analista Legislativo do Senado Federal. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por propósito empreender uma análise dos fundamentos e premissas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede do controle jurisdicional do processo legislativo tendo como parâmetro os regimentos internos das Casas Legislativas.

Para atingir tal intento, a formulação da chamada “teoria dos atos *interna corporis*”, delineada pela jurisprudência da Corte Suprema desde a década de 1950, será objeto de estudo, a fim de que sejam apresentados os seus fundamentos básicos. Ademais, o hodierno entendimento pretoriano sobre o controle do processo legislativo será explorado, sob o viés prático, a partir de estudo de caso relativo ao julgamento da ADI nº 4.425/DF.

Uma vez realizada a sua delimitação metodológica, as premissas elementares da doutrina dos atos *interna corporis* e seus efeitos práticos no modelo do Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição da República serão analisados sob duas perspectivas: o procedimentalismo capitaneado por Jürgen Habermas (em “Direito e democracia: entre facticidade e validade”) e John Hart Ely (em “Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade”) e a proposta de revalorização do Poder Legislativo capitaneada por Jeremy Waldron em suas obras “A dignidade da legislação” e “*Law and Disagreement*”.

2. A TEORIA DOS ATOS *INTERNA CORPORIS* E OS LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1. Breve histórico sobre a admissibilidade do controle judicial dos atos parlamentares na doutrina pátria

De se mencionar que a questão atinente aos atos *interna corporis* e a (im)possibilidade de controle judicial dos ditos atos parlamentares permeia a história do direito constitucional brasileiro e da Suprema Corte.

A chamada doutrina dos atos *interna corporis*, tradição que remonta ao direito parlamentar inglês⁴⁹, constitui-se uma modalidade específica da doutrina das “questões políticas”, debatida no Supremo Tribunal Federal desde os primórdios da República brasileira no tocante aos limites do Judiciário para apreciar atos de natureza política emanados dos Poderes Executivo e Judiciário⁵⁰.

Ainda no início do século XX, diante do questionamento da regularidade da delegação legislativa veiculada no art. 2º da Lei nº 741, de 26 de dezembro de 1900⁵¹, face à suposta violação ao regimento interno das Casas Legislativas, juristas da extirpe de Rui Barbosa, Afonso Celso de Assis Figueiredo (Visconde de Ouro Preto) e Amphilophio Botelho Freire de Carvalho “foram unânimes em afirmar a competência exclusiva do Poder Legislativo para verificar o acerto ou desacerto de seus próprios atos”⁵².

⁴⁹ De acordo com Derly Barreto e Silva Filho, sustentado em Ignacio Torres Muro, os chamados internal proceedings fundamentam-se na ideia de soberania parlamentar conquistada na Inglaterra no século XVII e na regra insculpida no art. 9º do Bill of Rights, de 13/02/1689, segundo a qual, “a liberdade de palavra e os debates ou processos parlamentares não devem ser submetidos à acusação ou à apreciação em nenhum tribunal ou em qualquer lugar que não seja o próprio Parlamento”. Assim, em casos de conflitos, os Tribunais ingleses sempre relutaram em invadir o terreno “político” do Parlamento. Elucidando o fato, aduz Silva Filho: “pelo fato de os juízes terem sido, no século XVII, criaturas da Coroa, que deles se valia para suas perseguições (inclusive de parlamentares), o Parlamento, vitorioso, pugnando por suas prerrogativas em face do Executivo, estabeleceu radical proibição de os tribunais julgarem seus atos. Assim, ao lado da inviolabilidade parlamentar, prescreveu-se a regra segundo a qual ficava vedado ao Poder Judiciário apreciar os processos parlamentares” (SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 96-97).

⁵⁰ Em sede do Habeas Corpus nº 300, julgado em 23/04/1892, o STF negou-se a analisar a constitucionalidade da decretação de estado de sítio, porquanto, “antes do juízo político do Congresso, não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República” da atribuição constitucional de decretar o estado de sítio, “e que, também, não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo”. No julgamento da Apelação Cível nº 216, em 20/01/1897, a Corte Suprema, ao analisar a constitucionalidade do Decreto Legislativo nº 310/1895, que concedera anistia a todos os envolvidos em movimentos revolucionários ocorridos até 23/08/1895, mas restringia alguns efeitos para os oficiais militares, “não houvera infração de direitos adquiridos dos mencionados oficiais”, uma vez que “a anistia seria uma medida essencialmente política”. Nesse sentido: RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 61-86.

⁵¹ “Art. 2º É o Governo autorizado: (...) X. A regular o funcionamento das companhias de seguros, tanto de vida como marítimos e terrestres, que funcionam ou venham a funcionar no território da Republica, sujeitando todas, quer nacionaes, quer estrangeiras, ás obrigações prescriptas pelo decreto n. 2158, de 1 de novembro do 1895, creando uma repartição de Superintendencia de seguros, immediatamente subordinada ao Ministerio da Fazenda, repartição que será mantida pelas quotas que serão fixadas no respectivo regulamento e pagas pelas diversas companhias que funcionarem ou vierem a funcionar no Brazil. Paragrapho unico. O regulamento expedido na parte referente ao seguro de vida será sujeito á aprovação do Congresso”.

⁵² SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85.

Na oportunidade, concluiu o Visconde de Ouro Preto que eventual inobservância do regimento interno no procedimento de deliberação e aprovação de uma lei, não resulta na nulidade do ato normativo, uma vez que as disposições regimentais têm por propósito a regulação de assuntos internos das Casas Legislativas, *in verbis*:

O regimento interno dos dois ramos do Congresso regula a marcha dos respectivos trabalhos em cada uma das Câmaras. Sua inobservância, porém, por parte de alguma delas, na adoção de qualquer resolução legislativa, não tira a esta a força obrigatória, atento o disposto no art. 18, parágrafo único, alínea 4º, da Constituição Federal [...] A cada uma das Câmaras exclusivamente cabe entender e executar, como julgar acertado, a sua lei interna.⁵³

A seu turno, Amphiphio Botelho Freire de Carvalho assevera que a contrariedade à regra regimental somente terá relevância quando houver violação à preceito ou garantia de índole constitucional.

Os regimentos das Casas Legislativas são leis internas, que só têm por objeto regular os serviços respectivos, no tocante a cada uma delas; e, desde que da transgressão daqueles não resulte violação de preceito ou garantia constitucional, não há como pôr em dúvida a força obrigatória das leis em cujo processo de elaboração se tenham verificado as transgressões.⁵⁴

Rui Barbosa, ao tratar sobre o assunto, demonstra preocupação quanto à observância de um procedimento legislativo substancialmente democrático, concluindo, contudo, que a mera contrariedade às regras regimentais não macula o ato normativo gerado.

São atos sucessivos, que se concretizam materialmente: a deliberação, a sanção, a promulgação, a publicação. A Justiça tem de conhecer-lhes da existência, para conhecer da existência da lei. Mas não exerce, a tal respeito, a menor função discricionária. A Constituição traçou, nos arts. 36 a 40, as regras de elaboração legislativa impostas aos três fatores, de cuja cooperação depende a formação legítima das leis. Se algumas dessas regras for materialmente conculcada, ou postergada, e dessa infração se conservar a prova autêntica nos próprios atos do Congresso ou do Governo, destinados a atestar a deliberação, a sanção, a promulgação, lei não há, porque sua elaboração não se consumou. Os tribunais, portanto, não podem aplicá-la.

Em uma palavra, **toda contravenção material das formas constitucionais, autenticamente provada, no processo de elaboração legislativa, vicia e**

⁵³ apud SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos atos parlamentares..., p. 85.

⁵⁴ apud SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos atos parlamentares..., p. 85.

nulifica o ato do legislador. Não assim a simples violação de formas regimentais.⁵⁵ [grifou-se]

Em parecer lavrado no ano de 1923, ainda sob a égide da Constituição republicana de 1891, o Deputado Francisco Campos, na relatoria da Comissão de Constituição e Justiça na Câmara dos Deputados, ao tratar sobre a inviolabilidade dos parlamentares no exercício do mandato, sustentou a impossibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se no processo *interna corporis* de elaboração das leis, exceto nos casos de flagrante violação à disposição constitucional.

[...] *interna corporis* são todas as regras ou disposições interiores ao corpo legislativo, isto é, as prescrições destinadas a disciplinar o seu funcionamento, sejam elas instituídas no próprio regulamento interno ou na mesma Constituição. Ou, por outra, **são aquelas regras de que o corpo legislativo é, a um só tempo, o destinatário e o juiz: o destinatário, porque o mandamento se dirige ao órgão ou à parte dele encarregada de dirigir o seu funcionamento, e o juiz, porque as questões referentes à sua observância são por ele próprio soberanamente resolvidas, de acordo com o processo estabelecido no seu próprio regimento.**

[...]

[As matérias *interna corporis*], embora reguladas em leis ou na Constituição, já se acham confiadas à competência de outro Poder, e não se pode admitir, dado o princípio da separação dos Poderes, duas competências atribuídas a Poderes distintos sobre o mesmo objeto [logo] todas as questões relativas ao funcionamento das Assembleias Legislativas hão de ser, forçosamente, por elas próprias resolvidas, antes de tomadas as suas deliberações. À Câmara, pois, desde que lhe cabe deliberar, há de caber, necessariamente, a competência indispensável para verificar a regularidade do processo de suas deliberações.

[...]

Uma vez decidida pela Câmara uma dessas questões que lhe são interiores, se se facultasse ao Poder Judiciário abrir nova sindicância sobre a matéria, para rever a decisão, seria reduzir a nada a competência constitucional da Câmara, submetendo-a ao controle do Judiciário, que seria o único juiz da regularidade do processo legislativo, em contravenção ao princípio da autonomia e da separação dos Poderes.⁵⁶ [grifou-se]

Sob os auspícios da Constituição de 1946, Themístocles Brandão Cavalcanti, na obra “Do Controle de Constitucionalidade”, procura delimitar a abrangência das questões *interna corporis* a partir das limitações impostas pelo texto

⁵⁵ apud SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos atos parlamentares..., p. 86.

⁵⁶ CAMPOS, Francisco Luís da Silva. Direito Constitucional, vol. II. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1956, p. 119-124.

constitucional ao Poder Legislativo, uma vez que quando “o legislador ordinário tem a sua ação disciplinada e limitada por uma norma constitucional, perde a questão o seu caráter político e deixa de constituir *interna corporis*, para definir-se a competência judiciária”⁵⁷.

Para o jurista, é mister traçar uma distinção entre a imunidade que incide sobre o exercício do poder político do Congresso e o dever de obediência jurídica às formalidades procedimentais estabelecidas na Constituição que, conseqüentemente, implica em limitação à atividade legislativa. Destarte, “desde que uma disciplina constitucional limita a competência de um Poder, na escolha dos meios ou da forma de proceder, deixa a questão de ser política, para subordinar-se ao exame judicial”, de modo que, “a competência nunca é absoluta, o arbítrio não se cobre com a competência, que encontra limites no próprio poder concedido e na forma regulada pelo Estatuto Fundamental”⁵⁸.

Portanto, para Themístocles Cavalcanti, questões intestinas do Poder Legislativo que não encontrem expressa regulação constitucional estão infensas ao controle judicial, tais como “contagem dos votos, os debates e discussões havidas no curso da elaboração”⁵⁹ do ato normativo.

Já na vigência da Constituição Federal de 1967, em sua clássica obra "Do Processo Legislativo", cuja primeira edição circulou em 1968, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em consonância com as conclusões de Themístocles Brandão, pontua:

Questão que não pode ser posta de lado é a relativa ao controle jurisdicional da observância do processo legislativo.

Em primeiro lugar – lembre-se – cabe a propósito dele o controle de constitucionalidade. A violação de preceito constitucional, mesmo de caráter estritamente formal, importa em inconstitucionalidade e, portanto, seguindo a doutrina clássica, em nulidade do ato violador.

Por outro lado, no Direito pátrio, nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição). Apreciando eventual lesão, pode evidentemente chegar o Judiciário a apreciar a validade do ato normativo, e esta depende da observância dos preceitos constitucionais referentes à sua elaboração.

E pode até o Judiciário descer à apreciação do respeito às normas regimentais, segundo entende, por exemplo, a Corte Constitucional italiana. Esta, conforme relata Biscaretti de Ruffia, julgou-se competente para apreciar os atos *interna corporis* das Câmaras quando concernentes à formação das leis. Aqui, porém, é forçoso restringir. **Se a observância dos preceitos**

⁵⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 191.

⁵⁸ Idem, p. 192.

⁵⁹ Idem, p. 195.

constitucionais é rigorosa, absoluta, a dos regimentos não o é. A violação regimental, por isso, é suscetível de convalidação, expressa ou implícita. Destarte, no caso das normas regimentais, o Judiciário só pode verificar se a violação desta impediu a manifestação da vontade da Câmara. Nesse caso, então, deverá reconhecer a invalidade das regras assim editadas.⁶⁰ [grifou-se]

Em sentido diverso às posições anteriormente expostas, Hely Lopes Meirelles, no contexto da vigência da Constituição Federal de 1988, considera que os atos *interna corporis* referem-se às “questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados a exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara”⁶¹. Nesse sentido, apresenta como exemplos: os atos de escolha da Mesa Diretora, o procedimento de cassação de mandatos e concessão de licença e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (elaboração de regimento interno, organização das comissões e dos serviços auxiliares)⁶².

A contrariedade do pensamento de Meirelles em relação aos posicionamentos doutrinários outrora mencionados reside em sua conclusão a respeito da possibilidade de controle jurisdicional de ato legislativo em razão do descumprimento de norma regimental, *in verbis*:

O que a Justiça não pode é substituir a deliberação da Câmara por um pronunciamento judicial sobre o que é da exclusiva competência discricionária do Plenário, da Mesa ou da Presidência. **Mas pode confrontar sempre o ato praticado com as prescrições constitucionais, legais ou regimentais que estabeleçam condições, forma ou rito para seu cometimento.**

[...]

O processo legislativo, tendo, atualmente, contorno constitucional de observância obrigatória em todas as Câmaras (arts. 59-69) e normas regimentais próprias de cada corporação, tornou-se passível de controle judicial para resguardo da legalidade de sua tramitação e legitimidade da elaboração da lei. Claro está que o Judiciário não pode adentrar o mérito das deliberações da Mesa, das Comissões ou do Plenário, nem deve perquirir as opções políticas que conduziram à aprovação ou rejeição dos projetos, proposições ou vetos, mas pode e deve – quando se argui lesão de direito individual – **verificar se o processo legislativo foi atendido em sua plenitude, inclusive na tramitação regimental. Deparando infringência à**

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253-254.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 683.

⁶² Idem, ibidem.

Constituição, à lei ou ao Regimento, compete ao Judiciário anular a deliberação ilegal do Legislativo, para que outra se produza em forma legal.⁶³ [grifou-se]

Apresentado um breve panorama a respeito dos mais representativos entendimentos doutrinários manifestados sobre a égide das diversas Constituições republicanas, é mister analisar no próximo tópico o desenvolvimento da compreensão jurisprudencial da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

2.2. Os constructos e fundamentos teóricos do hodierno entendimento pretoriano a respeito dos atos *interna corporis*

O Supremo Tribunal Federal, já sob a égide da Constituição Federal promulgada em 1988, paulatinamente, foi consolidando o entendimento no sentido da impossibilidade de consideração das normas regimentais como parâmetro de controle de constitucionalidade do processo legislativo.

Para a Corte Suprema, os problemas advindos da observância das normas regimentais deveriam ser solucionados no âmbito do próprio Poder Legislativo, porquanto tratar-se-iam de matéria *interna corporis*. Nesse sentido, o Judiciário só estaria legitimado a averiguar o cumprimento das disposições procedimentais de índole constitucional, ou seja, apenas e tão somente quando houver desrespeito às normas do processo legislativo contidas, de modo expresso, na Constituição Federal⁶⁴.

A identificação e delimitação metodológica da chamada “teoria dos atos *interna corporis*” se faz possível a partir da casuística da produção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no contexto das situações em que se admite o controle preventivo de constitucionalidade por desrespeito ao devido processo legislativo, sendo a impugnação instrumentalizada pela via do mandado de segurança⁶⁵.

⁶³ Idem, p. 682-683.

⁶⁴ Cf. BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Processo Legislativo e Democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 162-163.

⁶⁵ “1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que **o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos**

Aponta Leonardo Augusto de Andrade Barbosa que a premissa geral da chamada “teoria dos atos *interna corporis*” foi fixada a partir do julgamento do MS nº 1.423/DF, em 1951, segundo a qual “se os argumentos articulados para impugnar ato exarado no exercício de uma atribuição legítima do Legislativo dizem respeito apenas a ‘aspectos de conveniência, oportunidade ou acerto’, não cabe ao Judiciário apreciar a questão”⁶⁶. Contudo, no referido julgado, não foi examinada, de forma direta, as consequências jurídicas da violação de normas regimentais⁶⁷.

Por sua vez, na década de 1980, foi sendo firmado pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento a respeito de que a interpretação de normas regimentais é atividade *interna corporis*⁶⁸.

De acordo com a construção pretoriana, é o mandado de segurança o instrumento adequado para a impugnação do trâmite do processo legislativo, “tendo em vista o direito líquido e certo que toca a cada parlamentar de participar de um procedimento de elaboração normativa marcado pela lisura e observância das normas que o disciplinam”⁶⁹. Com efeito, conforme célebre formulação do próprio STF⁷⁰, são os parlamentares que detêm legitimidade ativa para o ajuizamento do *mandamus*, dada a qualidade de detentores de direito público subjetivo ao devido processo legislativo⁷¹.

formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não [grifou-se]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n.32.033/DF. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe de 18/02/2014).

⁶⁶ Idem, *ibidem*.

⁶⁷ Cf. BARBOSA, ob. cit., p. 162.

⁶⁸ Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados: MS nº 20.247/DF (Relator Min. Moreira Alves, DJ 21/11/1980), MS nº 20.464/DF (Relator Min. Soares Muñoz, DJ 07/12/1984) e MS nº 20.471/DF (Relator Min. Francisco Rezek, DJ 22/02/1985).

⁶⁹ BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. O controle jurisdicional do processo legislativo. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 102.

⁷⁰ O leading case de tal concepção trata-se do MS nº 20.257/DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves. No julgamento do MS nº 21.303-AgR/DF (Relator Min. Octavio Gallotti, DJ 02/08/1991), o STF julgou improcedente mandado de segurança impetrado por “cidadão brasileiro, contra ato de Comissão da Câmara dos Deputados tendente a possibilitar a adoção da pena de morte, mediante consulta plebiscitária” em razão da “falta de legitimidade ativa do Requerente, por falta de ameaça concreta a direito individual, particularizado em sua pessoa”.

⁷¹ “O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n. 24.642/DF. Relator: VELLOSO, Carlos. Publicado no DJ de 18/06/2004, p. 45).

3. ESTUDO DE CASO: O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.425/DF

Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) buscou a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62, promulgada em 09 de dezembro de 2009, que implicou na inserção dos §§9º ao 12 no art. 100 da Constituição Federal e do art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Dentre as alegações formuladas, a dita Confederação pleiteou o reconhecimento de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009 por não ter sido observado rito previsto no art. 60, §2º, da Constituição da República, que exige a discussão e votação de proposta de emenda constitucional, em cada Casa Legislativa, em dois turnos. No caso, houve claro desrespeito à regra instituída no art. 362 do Regimento Interno do Senado Federal⁷² que preconiza um interstício mínimo de cinco dias entre cada turno de votação.

Com efeito, na oportunidade de tramitação da Proposta de Emenda nº 12-A/2006 no Senado Federal, a votação em dois diferentes turnos deu-se mediante a realização de duas sessões realizadas no mesmo dia 02 de dezembro de 2009, com menos de uma hora de intervalo entre ambas. A observância do interstício mínimo de cinco dias foi afastada a partir da aprovação de requerimento⁷³ de dispensa da regra regimental com fundamento no art. 412, III, do Regimento Interno do Senado Federal⁷⁴.

Em parecer subscrito por Roberto Monteiro Gurgel Santos e Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se⁷⁵

⁷² Art. 362. O interstício entre o primeiro e o segundo turno será de, no mínimo, cinco dias úteis.

⁷³ Trata-se do Requerimento nº 1.600, de 2009.

⁷⁴ Tal dispositivo, cuja redação foi estabelecida pela Resolução nº 35/2006, estabelece a possibilidade de prevalência de acordo de líderes sobre norma regimental desde que aprovado, mediante voto nominal, pela unanimidade dos Senadores presentes na sessão, resguardado o quórum mínimo de três quintos dos votos dos membros da Casa. "Art. 412. A legitimidade na elaboração de norma legal é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, mediante os seguintes princípios básicos: [...] **III - impossibilidade de prevalência sobre norma regimental de acordo de lideranças ou decisão de Plenário, exceto quando tomada por unanimidade mediante voto nominal, resguardado o quórum mínimo de três quintos dos votos dos membros da Casa**".

⁷⁵ A bem da verdade, a PGR, na manifestação apresentada nos autos da ADI nº 4.425/DF, datada de 30/09/2010, limitou-se a requerer a juntada do parecer ministerial constante da ADI nº 4.357/DF dada a similaridade dos argumentos delineados nas duas ações.

pelo acolhimento da alegação de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009, uma vez que, *in verbis*:

[...] quando as duas votações de emenda constitucional são realizadas no mesmo dia, o que se verifica não é simples ofensa a preceito regimental, mas verdadeira fraude à Constituição: cumpre-se aparentemente a sua letra, mas ofende-se ao seu espírito, já que a ausência de qualquer lapso temporal entre cada turno frustra completamente o objetivo de viabilizar uma maior reflexão e debate pelos parlamentares, antes da decisão definitiva sobre um tema tão relevante.

Para o Ministério Público, a previsão de votação em dois turnos contida no §2º do art. 62 da Carta Magna tem por clara finalidade assegurar uma profunda discussão e meditação dos parlamentares para alteração do texto constitucional, sendo pertinente a existência de um razoável intervalo entre os turnos.

Valendo da proposta de Jürgen Habermas, destaca o *parquet* que o interstício entre os turnos de votação trata-se de um expediente que serve à ideia de democracia deliberativa, que “parte da premissa que a democracia não se esgota no respeito à regra da maioria, mas se assenta na busca, através do diálogo, de respostas adequadas e justas para os problemas sociais”.

Prosseguindo no julgamento, o Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, sensibiliza-se com o argumento da inconstitucionalidade formal da EC nº 62 por compreender que a votação da Proposta de Emenda nº 12-A/2006 deu-se de forma meramente simbólica.

O artifício de abrir e encerrar, nu’a mesma noite, sucessivas sessões deliberativas não atende à exigência constitucional da realização de uma segunda rodada de discussão e votação, precedida de razoável intervalo até para a serenização de ânimos eventualmente exacerbados, ao lado de amadurecimento das ideias. Segundo turno que, não se limitando a uma nova e imediata votação, implica a necessidade de um tão renovado quanto amplo debate da proposta de emenda à Constituição, volto a dizer. O que demanda o encarecido espaçamento temporal, ora maior, ora menor, mas nunca num mesmo dia, ou no curso de uma única noite e, pior ainda, de mecânicos sessenta minutos.

[...]

Seja como for, a pretensa segunda rodada de discussão e votação da emenda sub judice implicou um tipo de arremedo procedimental que não tem como escapar à pecha de fraude à vontade objetiva da Constituição.

Não obstante os argumentos delineados no voto do Relator Ayres Britto, os Ministros que o sucederam na análise da ADI nº 4.425/DF afastaram a ocorrência de inconstitucionalidade formal da EC nº 62 por entenderem, em síntese, não haver afronta direta ao §2º do art. 60 da Constituição de cujo o texto não se depreende a existência de um lapso temporal entre os dois turnos de votação⁷⁶.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux defende a tese de que a inexistência de expressa menção a necessidade de interstício mínimo entre os turnos constitui “silêncio eloquente” da Constituição da República que, em outros pontos do texto fundamental, notadamente nos artigos 29⁷⁷ e 32⁷⁸, faz expressa alusão ao lapso temporal mínimo de dez dias entre os turnos de votação de lei orgânica dos Municípios e do Distrito Federal.

Com efeito, não cuidou o constituinte de desde logo aludir a um interstício, de modo a explicitar um espaço de tempo que servisse de parâmetro objetivo para o exame do grau de solidez da vontade política de reformar a Constituição. Poderia tê-lo feito, evidentemente, mas não o fez. Mais do que isso: não só poderia fazê-lo como de fato o fez de modo expresso, categórico e inequívoco com relação a duas outras hipóteses de processos legislativos especiais, e que guardam estrita sintonia com a hipótese agora examinada.

[...]

Este cotejo entre as normas da própria Constituição de 1988 revela dois aspectos de inegável repercussão para a solução do presente caso. Em primeiro lugar, percebe-se que o constituinte atribuiu sentidos diversos às expressões “dois turnos” e “interstício mínimo”, afastando uma possível relação de continência necessária entre aquela e esta. Em outras palavras, não é possível que se interprete a expressão “dois turnos”, mesmo sob o ângulo lógico ou teleológico, de modo a conter também implicitamente a referência a um interregno temporal mínimo entre as duas deliberações, pois ambas as expressões foram previstas de forma expressa quando pretendeu o constituinte originário a conjugação dos dois institutos no processo legislativo.

⁷⁶ Em aditamento de voto sobre a inconstitucionalidade formal, destacou o Ministro Dias Toffoli: “quando se exigem os dois turnos, isso não implica maturação, implica uma realidade material de se votar duas vezes. Simples assim. No caso específico, houve, em razão do que dispõe o regimento do Senado - o qual prevê o interstício -, a aprovação de requerimento dispensando o interstício pela unanimidade dos líderes. Eu não concebo, da leitura da Constituição, a ideia de que, quando se exigem os dois turnos, se exige uma maturação. Exige-se votação duas vezes, uma confirmação da votação. É o que houve, é o que basta, e não prevê prazo a Constituição, como destacou o voto divergente”.

⁷⁷ “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”. [grifou-se]

⁷⁸ “Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, **votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias**, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição”. [grifou-se]

[...]

Ora, simplesmente não há qualquer indeterminação na definição do sentido e do alcance de tal cláusula, que somente exige a realização de duas etapas de discussão e de votação de proposta de Emenda à Constituição. E, do ponto de vista objetivo, tal exigência foi de fato satisfeita na aprovação da EC nº 62/09 no Senado Federal, ainda que realizados os dois turnos de modo sucessivo no mesmo dia, porquanto, a rigor, o único controle que se faria possível de ser realizado judicialmente diz respeito à hipótese de proclamarem-se duas supostas votações e debates realizados em um mesmo e único momento incindível no tempo, quando então, por absoluta impossibilidade prática, os dois turnos exigidos constitucionalmente se transmudariam em um único turno – inválido e inconstitucional, reconheça-se. Mas não é disso que se trata, como visto.

[...]

[O] cotejo entre as normas da Constituição de 1988 tornam claro que o silêncio do texto constitucional, no que concerne ao art. 60, § 2º, é um silêncio verdadeiramente eloquente, que não permite a aproximação, ainda que parcial, com o regime de interstício instituído em local diverso pelo mesmo constituinte.

Ora, se o constituinte previu não somente em uma, mas em duas regras constitucionais de processo legislativo o interstício mínimo, seria equivocado, concessa venia, reputar que esse mesmo constituinte, por mero lapso, teria simplesmente se esquecido de imprimir, apesar de querê-lo, disciplina similar justamente ao processo de reforma da Constituição Federal, muito mais impactante e relevante sob o ângulo jurídico-político para o Estado brasileiro como um todo do que os casos previstos nos arts. 29 e 32 do texto constitucional.

A dissensão aberta pelo Ministro Luiz Fux foi, respectivamente, acatada pelos Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, restando vencidos os Ministros Ayres Britto (Relator), Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa (Presidente).

De se notar que a “teoria dos atos *interna corporis*” foi lançada expressamente nas manifestações dos Ministros Teori Zavascki⁷⁹, Rosa Weber⁸⁰ e

⁷⁹ “O vício apontado - de que não decorreu o interstício de cinco dias entre a discussão e a aprovação em primeiro e segundo turnos -, não encontra respaldo na Constituição, que não prevê o referido interstício. **Trata-se de exigência de natureza regimental situada em domínio interna corporis do Congresso**”. [grifou-se]

⁸⁰ “Embora me cative a colocação, e toda a fundamentação, do eminente Relator, quando conclui violado o artigo 60, § 2º, da Constituição em sua substância – como já enfatizado, o preceito não fixa o interstício temporal entre os dois turnos, diversamente do que fazem os arts. 29 e 32, concernentes a Municípios e ao Distrito Federal-, parece-me, na linha do que foi sustentado pelos votos que me antecederam nesta data, que a ratio essendi foi atendida pelo largo debate ocorrido no Congresso Nacional sobre o tema, ao longo dos três anos de tramitação da PEC, com inclusive quatro audiências públicas promovidas. **Não há falar, portanto, em violação do texto constitucional, em sua literalidade ou em sua essência, pelo fato de ter sido votada a Emenda na mesma noite, com**

Dias Toffoli⁸¹, para justificar, como um autêntico argumento de autoridade, a insindicabilidade jurisdicional do desrespeito pelo Poder Legislativo das normas regimentais.

A seu turno, é mister ressaltar que, não obstante o argumento da configuração de “silêncio eloquente” na redação do §2º do art. 60 da CF e, assim, da inexistência de afronta direta à Constituição, os Ministros que pugnaram pela não ocorrência de inconstitucionalidade formal da EC nº 62 buscaram, de certa forma, justificar a higidez do procedimento de aprovação da emenda em razão da “profunda discussão e meditação” da reforma constitucional em questão. É o que se depreende dos votos dos Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, sucessivamente:

Ora, em um processo legislativo longo e aberto como este, iniciado em 2006 e findo em 2009, pautado não por uma, mas por quatro audiências públicas realizada com a participação da sociedade civil, parece não haver espaço, sob o ângulo material, para a tese de inocorrência de debate parlamentar suficientemente refletido para a aprovação da EC nº 62/09, de modo que não cabe falar em vício formal nem mesmo sob a suposta vertente teleológica de interpretação do art. 60, §2º, da Constituição.

[...]

[P]arece-me, na linha do que foi sustentado pelos votos que me antecederam nesta data, que a ratio essendi foi atendida pelo largo debate ocorrido no Congresso Nacional sobre o tema, ao longo dos três anos de tramitação da PEC, com inclusive quatro audiências públicas promovidas.

[...]

Com efeito, na situação presente, não há margem para se firmar a precocidade de aprovação da norma, ou mesmo a ausência de amadurecimento da questão. Ora, é de conhecimento notório de todos a ampla discussão no âmbito do Congresso Nacional a respeito da PEC dos precatórios, a envolver não apenas os parlamentares, mas também integrantes dos Governos Federal, Estaduais, Distrital e Municipais. Afinal, tratou-se de proposta de emenda que tramitou no Senado Federal por três anos e foi objeto de aprovação duas vezes nessa mesma Casa Legislativa. Não há razão, portanto, para se afirmar que sua aprovação teria ocorrido sem a devida reflexão ou amadurecimento por parte dos parlamentares.

[...]

uma hora apenas de intervalo, em regime de urgência, a pedido das lideranças dos partidos, em questão que classifico como interna corporis”. [grifou-se]

⁸¹ “Vale salientar que a Corte, tradicionalmente, possui entendimento contrário à tese do controle jurisdicional dos atos do parlamento, **quando envolvem discussão sobre a aplicação de normas regimentais de qualquer das Casas, afirmando tratar-se de problemática interna corporis**”. [grifou-se]

Ademais, como já foi mencionado pelos Ministros que me precederam, sobretudo pela Ministra Rosa Weber e também pelo Ministro Luiz Fux, esta emenda foi aprovada por uma amplíssima maioria; portanto, não carece de legitimidade. No primeiro turno, ela foi contemplada com trezentos e vinte e oito votos afirmativos e, no segundo turno, com trezentos e vinte e nove votos afirmativos também - e isso após uma longa discussão que incluiu inclusive audiências públicas, como já salientado.

A *contrario sensu*, é autorizado concluir que os mesmos magistrados convergem sobre a necessidade de observância à dimensão substancial do processo de mudança da Constituição, de modo a ser insuficiente o mero cumprimento do procedimento formal extraído das disposições constitucionais, exigindo-se que a deliberação tomada seja fruto de intenso debate travado em arena de equânime igualdade entre os atores políticos participantes.

Dentre os votos que concluíram para inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009, destacam-se os argumentos despendidos pelos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. O primeiro, de forma acurada, pontuou a importância do papel da Corte Suprema em assegurar a dimensão substancialmente democrática do processo legislativo, ainda mais em contexto de alteração da Lei Fundamental da nação. Tal compreensão, na ótica do Ministro Marco Aurélio, deve orientar o intérprete da Constituição quando análise dos dispositivos concernentes ao procedimento de discussão e deliberação das emendas constitucionais, sob pena de ser conferida extrema valorização à “forma pela forma em detrimento do conteúdo da norma”.

A interpretação teleológica do disposto no parágrafo 2º do artigo 60 da Carta Federal exclui, seja qual for o interesse momentâneo, a queima de etapas, ao prever que a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambas, e em cada qual duplamente, três quintos dos votos dos respectivos membros.

O preceito não agasalha o açodamento, ou seja, não agasalha simplesmente a forma pela forma.

Ter-se dupla votação contempla espaço razoável para a necessária reflexão, o que se pretende alterar o documento básico da República, a Constituição Federal. No caso, não houve esse espaço, por isso ou por aquilo – e, assim, vamos contando, como costume ressaltar, a história do Brasil. Resolveu-se que, no Senado, a votação seria imediata quanto ao segundo turno. Potencializou-se, como disse, a forma pela forma em detrimento do conteúdo na norma.

A própria Casa interpretou bem o texto constitucional, no que editou o Regimento prevendo o interregno entre uma votação e outra e ele não foi respeitado.

Não estou invertendo as coisas, a ordem natural das coisas, interpretando a Constitucional Federal à luz do Regimento Interno. Não, o que estou apontando é que o Regimento Interno do Senado da República – e o Senado não é uma terra sem lei –, ao prever o intervalo de cinco dias, homenageou o texto constitucional.

Após tecer tais considerações, o Ministro Marco Aurélio rebateu a tese segundo a qual haveria um silêncio eloquente da Constituição de 1988 a respeito da necessidade de interstício entre os turnos de votação de emenda constitucional. Entende o magistrado que a interpretação dada pelos Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli seria inaceitável não só em termos de interpretação teleológica do §2º, art. 60, como também por razões de interpretação sistemática do texto constitucional, porquanto seria um contrassenso insuperável defender a obrigatoriedade de observância de interstício mínimo para alteração de lei orgânica municipal e do Distrito Federal e não o fazê-lo em relação à Lei Fundamental do país: a própria Constituição. De acordo com o Ministro, entender desse modo, seria advogar que, no Brasil, existem maiores dificuldades procedimentais para se reformar o diploma fundamental de um Município do que para alterar a Constituição da República.

Em complemento a tal fundamentação, o Ministro Joaquim Barbosa busca em seu voto realçar a importância do papel da Corte Suprema na preservação da efetiva participação das minorias parlamentares no processo de reforma constitucional. Partindo de tal premissa, o Supremo Tribunal Federal estaria ignorando sua função contramajoritária ao cancelar a não observância do interstício mínimo de cinco dias previsto no art. 352 do Regimento Interno do Senado Federal por “deliberação unânime das lideranças partidárias”.

Pergunta-se se não competiria ao Senado definir o que são turnos, para fins de aplicação do art. 60, § 2º da Constituição. A resposta é positiva, e o Judiciário não pode definir originariamente se turnos compreendem semanas, dias, meses ou qualquer outra medida de tempo.

Porém, compete ao Supremo Tribunal Federal garantir que a definição dos “turnos” assegure a cada um dos Congressistas e dos cidadãos brasileiros que o processo legislativo possa ser entendido e debatido.

Cabe à Suprema Corte apontar se uma dada definição de “turno” viola expectativas constitucionais legítimas.

A propósito, lembro a sábia observação do Justice Stone na mais famosa nota de rodapé da história da jurisdição constitucional norteamericana: atenção especialíssima deve ser conferida às alegações de

inconstitucionalidade em desfavor de grupos insulares e discretos, pois eles não têm acesso pleno ao processo político democrático⁸².

A votação apressada do projeto de emenda tolheu a capacidade individual de cada congressista, das minorias políticas representantes e de cada um dos cidadãos representados de compreender e de influenciar, no momento oportuno, a discussão de tema tão grave. Talvez essa falta de oportunidade para boa compreensão do tema tenha resultado no placar final de votação, que não registrou contrariedade à proposta.

Em suma, delineados os argumentos, sagrou-se vencedora a divergência inaugurada pelo Ministro Luiz Fux a respeito da insindicabilidade judicial de eventual descumprimento de interstício mínimo entre os turnos de votação de projeto de emenda constitucional fixado por Regimento Interno das Casas Legislativas, na esteira da famigerada “teoria dos atos *interna corporis*”.

Com efeito, restou assim formatado o trecho da ementa da ADI nº 4.425/DF no tocante a questão de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009:

1. A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexiste parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira⁸³.

4. A PERSPECTIVA PROCEDIMENTALISTA: O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO COMO PROCEDIMENTO DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Diante das situações concretas apresentadas no tópico anterior, é de se questionar: dado o papel contramajoritário da Suprema Corte e a finalidade da jurisdição constitucional em assegurar a higidez do “jogo democrático”⁸⁴, a rejeição da

⁸² De acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco, “a referência a minorias discretas e insulares alude a uma nota de rodapé (n. 4) no caso *United States v. Carolene Products Co* (304 U.S. 144, de 1938), em que se lançou o ethos da nova política de auto-contenção da Suprema Corte, sob o entendimento de que a jurisdição constitucional deve-se voltar primordialmente para resguardar as minorias com menor poder de defesa dos seus interesses e valores no jogo político habitual” (Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André et al (orgs). *As novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Podium, 2011, p. 387-402).

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425/DF. Relator para o acórdão: FUX, Luiz. Publicado no DJe de 19/12/2013.

⁸⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 335: “a justificativa da existência do Estado não reside primariamente na proteção de direitos subjetivos iguais, e sim na garantia de um processo inclusivo de formação da

alegação de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009 pelo STF no julgamento da ADI nº 4.425/DF consiste em uma postura de autocontenção ou em grave omissão quanto a um dever de correção procedimental?

Partido da análise da compreensão da Suprema Corte a respeito dos limites do controle jurisdicional do processo legislativo, é possível depreender a inadequabilidade de tais posições face ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, culminando em uma situação de total insegurança jurídica decorrente da ausência de parâmetros normativos, o que conduz a um exercício cada vez mais arbitrário do poder político por restritos segmentos da sociedade⁸⁵.

Na avaliação de Marcelo Cattoni, a “privatização” do processo legislativo com a chancela do STF fica evidenciada diante da restrição de legitimidade para ajuizamento de mandado de segurança aos parlamentares. Afinal, ao conferir a titularidade de impugnação do processo legislativo apenas aos parlamentares, estar-se-á possibilitando que o exercício do direito público subjetivo seja utilizado como instrumento de barganha diante da conjuntura do jogo político-partidário no âmbito das Casas Legislativas.

[C]olocada, nesses termos, pelo Supremo Tribunal, a questão acerca da irregularidade e da inconstitucionalidade da tramitação de um projeto de lei ou de uma proposta de emenda constitucional acabaria sendo reduzida a um interesse particular e exclusivo dos deputados e senadores, enquanto “condições para exercício de sua [sic] atividade parlamentar”, e jamais referida à produção da lei como afeta à cidadania em geral.

[...]

No Brasil, essas posições assumidas pelo Supremo Tribunal Federal, competente para controlar a constitucionalidade da atuação (e da não-atuação) dos órgãos de cúpula do Estado, revelada por um entendimento jurisprudencial inadequado ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, têm levado, de uma perspectiva não somente normativa, mas também objetiva, ao surgimento de verdadeiras *ilhas corporativas de discricionariedade*, o que estará resultando numa quase total ausência de parâmetros normativos, abrindo espaço, dessa forma, para um exercício cada vez mais arbitrário do poder político.⁸⁶ (grifo no original)

Como exposto por José Alcione Bernardes Júnior e Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, o sistema jurídico-constitucional conformado pela Carta Cidadã de

opinião e da vontade, dentro do qual civis livres e iguais se entendem sobre quais normas e fins estão no interesse comum de todos”.

⁸⁵ Cf. BARBOSA, ob. cit., p. 112-113.

⁸⁶ CATTONI, Marcelo. Devido Processo Legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 49-51.

1988 “consagra não a supremacia do Parlamento, mas, sim, a supremacia da Constituição, em cujo bojo se aloja o princípio fundamental do devido processo legal”⁸⁷. Portanto, não se pode compreender a atuação do Poder Legislativo em matéria de produção de atos normativos como algo supremo, indene de controle institucionalizado diante de eventuais discricionariedades e até mesmo arbitrariedades cometidas sob o manto do “jogo político”.

A garantia de uma esfera jurídica privativa do parlamento não serve mais à afirmação da soberania do Poder Legislativo, cuja atividade encontra-se vinculada à Constituição. O espaço de discricionariedade que remanesce reservado às legislaturas atende não à hierarquização dos poderes estatais, mas ao equilíbrio entre eles. A independência do espaço no qual se institucionaliza a formação da vontade política, por sua vez, não é uma mera garantia institucional do Congresso, mas uma garantia do próprio regime democrático. Dessa forma, a crítica à doutrina dos atos *interna corporis* não se confunde com um tipo de questionamento da independência do Poder Legislativo ou, ainda, com a defesa de sua submissão ao Judiciário, que funcionaria como um suposto “poder neutro” ou “moderador”. Pelo contrário, essa crítica procura identificar as condições nas quais se afirma a independência da legislatura, ou seja, seus limites constitucionais.⁸⁸

O constante alargamento da noção do que seja matéria *interna corporis* obscurece, com esteio nos constructos procedimentalistas de Jürgen Habermas, a compreensão das normas regimentais como materialização das condições procedimentais assecuratórias de um jogo argumentativo, em que seja garantida a participação de todos os envolvidos no processo decisório⁸⁹, o que caracteriza o Estado Democrático de Direito.

Ao manter a hodierna linha de pensamento, o STF, por via indireta, não assume seu papel no Estado Democrático de Direito na qualidade de Corte Constitucional e salvaguarda do princípio democrático. Ademais, ao se limitar a exercer a jurisdição nas situações de literal e direto desrespeito às normas procedimentais inseridas no texto constitucional, confere ao arbítrio da maioria a definição do substancial procedimento legislativo a ser observado, contemplando, inclusive, sob o pálio do recurso denominado “acordo de lideranças”, eventuais excepcionalidades que constituem flagrante supressão do direito das minorias parlamentares.

⁸⁷ Cf. BERNARDES JÚNIOR, ob. cit., p. 115.

⁸⁸ Cf. BARBOSA, ob. cit., p. 161.

⁸⁹ Cf. HABERMAS, ob. cit., p. 159-163.

Anote-se que tal panorama poderá contribuir para a derrocada do núcleo essencial do princípio democrático, porquanto estar-se-á legitimando uma espécie de ditadura da maioria ao suprimir a garantia da minoria em ver devidamente observadas as regras regimentais e as finalidades decorrentes da Constituição concernente à identificação do processo legislativo com a ideia de democracia deliberativa.

Com efeito, evidencia-se a suma importância de uma regulação imparcial e racional dos regimentos e das práticas procedimentais adotadas pelas Casas Legislativas para que cumpram sua finalidade constitucional de disciplinar o processo de produção normativa, garantindo as condições comunicacionais e negociais necessárias para o debate público mais democrático possível⁹⁰.

É o processo legislativo o núcleo central do regime constitucional no Estado Democrático de Direito, tendo por propósito básico promover a integração da sociedade. Logo, o Direito não deve limitar-se a mera “densificação de princípios sociais universais na pluralidade das eticidades substantivas das organizações políticas concretas”⁹¹, devendo fazê-lo de tal modo que “os destinatários de suas normas possam reconhecer-se como coautores das mesmas”⁹². E tal possibilidade de reconhecimento é garantida pela observância do procedimento de formação normativa cujas balizas são estabelecidas e estruturadas pela Constituição. Com efeito, “somente as condições processuais para a gênese democrática das leis assegura a legitimidade do Direito”⁹³. Daí a imprescindibilidade da atuação dos tribunais constitucionais para garantir a observância pelo Poder Legislativo dos pressupostos comunicativos e as condições procedimentais do processo de legislação democrático. Trata-se, na formulação de John Hart Ely, do papel do Poder Judiciário de desobstrução dos canais de mudança política e desbloqueio dos impasses democráticos, *in verbis*:

A linha de decisão judicial constitucional que aqui recomendo é análoga ao que seria, nos assuntos econômicos, uma orientação ‘antitruste’, entendida como oposta a uma orientação ‘reguladora’ – em vez de ditar resultados substantivos, ela intervém apenas quando o ‘mercado’, neste caso o mercado

⁹⁰ Cf. HABERMAS, 2003a, p. 142.

⁹¹ CATTONI, Marcelo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1119.

⁹² Idem, *ibidem*.

⁹³ HABERMAS, ob. cit., p. 326.

político, está funcionando mal de modo sistêmico. (Também é cabível uma analogia com um árbitro de futebol: o juiz deve intervir somente quando um time obtém uma vantagem injusta, não quando o time ‘errado’ faz gol.) Não é justo dizer que o governo está ‘funcionando mal’ só porque às vezes ele gera resultados com os quais discordamos, por mais forte que seja nossa discordância (e afirmar que ele obtém resultados de que ‘o povo’ discorda – ou de que discordaria, ‘se compreendesse’ – na maioria das vezes é pouco mais que uma projeção delirante). Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa, em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.

É óbvio que nossos representantes eleitos são as últimas pessoas a quem devemos confiar a identificação de qualquer uma dessas situações. **Os juízes nomeados, no entanto, estão relativamente à margem do sistema governamental e só indiretamente precisam preocupar-se com a permanência no cargo. Isso não lhes dá um canal de acesso especial aos valores genuínos do povo norte-americano: na verdade, pelo contrário, praticamente assegura que não terão esse acesso. No entanto, isso também lhes dá condições de avaliar objetivamente – embora ninguém possa dizer que a avaliação não estará cheia de decisões discricionárias tomadas no calor do momento – qualquer reclamação no sentido de que, quer por bloquear os canais de mudança, quer por atuar como cúmplices de uma tirania da maioria, nossos representantes eleitos na verdade não estão representando os interesses daqueles que, pelas normas do sistema, deveriam estar**⁹⁴. [grifou-se]

No tocante às eventuais críticas quanto a uma pretensa invasão do Judiciário na esfera de autonomia dos demais Poderes, pondera Jürgen Habermas:

[A] constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. **Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.** O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A

⁹⁴ ELY, John Hart. Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 136-137.

autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, **o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto de pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição**⁹⁵. [grifou-se]

Desponta, assim, o fundamental papel do Supremo Tribunal Federal enquanto bastião dos interesses contramajoritários, fazendo evocar sua função de guardião da Constituição e, desse modo, avançar na compreensão de complementariedade da democracia e constitucionalismo, criando condições para a observância de um procedimento de formação de leis efetivamente democrático e participativo.

De frisar, numa palavra, que, no processo constitucional, não se trata de justificar a validade das normas jurídicas legislativas, mas, sim, de averiguar a constitucionalidade e regularidade do processo legislativo, aplicando a Constituição. Há aqui uma diferença inafastável do modo e da finalidade dos processos constitucional legislativo e jurisdicional constitucional, numa reinterpretação constitucionalmente adequada ao princípio da separação dos poderes⁹⁶.

Por conseguinte, na esteira dos constructos procedimentalistas, seria necessária a revisão dos pressupostos teóricos que sustentam a jurisprudência atual do Supremo sobre o assunto. Ao relegar a problemática concernente à observância das normas regimentais ao âmbito dos atos *interna corporis*, a Corte nega o status constitucional de tais disposições normativas, ignorando que as normas que fixam o procedimento de formação legislativa constituem comandos normativos densificadores de princípios de ordem constitucional, em especial, o princípio democrático.

O judiciário, enquanto controle contramajoritário, exerce um papel fundamental para a própria configuração da democracia em contraposição a uma ditadura da maioria. No entanto, os riscos são extremamente significativos se a norma e valor são assumidos como termos indistintos. Um determinado Tribunal pode também se assumir como o responsável direto pela implementação dos valores concretos dessa comunidade e, a esse título, assumir o papel não somente de legislativo, mas de constituinte permanente,

⁹⁵ HABERMAS, ob. cit., p. 326.

⁹⁶ CATTONI, Marcelo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. Comentários..., p. 1121.

sem ter sido eleito por ninguém. O resgate da perspectiva deontológica que informa o enfoque da questão de um autor como Ronald Dworkin e o olhar daqueles que os norte-americanos denominariam mais genericamente de democratas, é aqui imprescindível e essencial para que se possa evitar a privatização da própria Constituição, passível de ser considerada propriedade daqueles que deveriam guardar precisamente o seu caráter público, ou seja, garantir que ela operasse como a regência de uma associação de homens livres e iguais, que vivem sob a égide das leis que fizeram para si próprios.⁹⁷

A partir da formulação procedimentalista apresentada no presente tópico, a inatividade traduz uma opção ideológica da Suprema Corte condescendente com a “privatização” do processo legislativo e o domínio dos negócios políticos pela maioria circunstancial e, dessa forma, mesmo quando provocado, ao ignorar a lesão ao princípio democrático, deixa de conferir supremacia à Constituição.

5. O CONTRAPONTO NECESSÁRIO: A REVALORIZAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

Com esteio no estudo de caso apresentado no presente artigo e a proposta procedimentalista de fundamentação da legitimidade da jurisdição para a sindicabilidade do processo legislativo em casos de violação de normas regimentais densificadoras de diretrizes constitucionais, oportuno se faz apresentar uma perspectiva de valorização da autonomia funcional do Poder Legislativo.

Tal viés implica, de certa forma, na limitação da colonização do Direito sobre a Política, conferindo deferência à lógica e dinâmica do jogo político. Ademais, é preciso evidenciar que a tendência de enaltecimento do protagonismo do Poder Judiciário após a Constituição de 1988 (por meio do *neoconstitucionalismo* e outros quetais⁹⁸) implica, de maneira direta, na consideração da atividade política como algo indigno e indecoroso e, assim, em aversão ao Poder Legislativo. Em passagem clássica, Jeremy Waldron evidencia a existência de tal preconceito, *in verbis*:

⁹⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio. In: CATTONI, ob. cit., p. 31-32.

⁹⁸ Para crítica aos fundamentos do neoconstitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais, vide: KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo. São Paulo: Almedina, 2011, p. 195-214. “[A] tese da onipresença da Constituição é uma opção de exclusão, na medida em que enquadra o Poder Judiciário e, especialmente, o Tribunal Constitucional responsável pela última palavra em matéria de interpretação constitucional, no centro do Estado Democrático de Direito, excluindo, assim, o protagonismo do cidadão ou da comunidade política para quem se direciona a própria fundação da democracia [...] Onipresença da Constituição e onipotência judicial convertem-se em um mesmo tipo de ditadura do Judiciário que é diuturnamente reforçada pelo discurso elitista e excludente da racionalidade jurídica da ponderação” (p. 209-210).

As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.⁹⁹

Em sua obra “*Law and Disagreement*”, Waldron defende a ideia da necessidade de se estabelecer uma estrutura institucional que promova o agir coletivo para, dessa forma, viabilizar que a sociedade resolva sobre questões controversas (desacordos morais). Tal é o desafio a ser enfrentado, e as democracias liberais modernas, de certa maneira, foram bem sucedidas ao eleger o Parlamento como o lócus para dirimir os desacordos sobre princípios. Os desacordos morais e demais questões de princípios sensíveis são enfrentadas tendo por pressuposto o que Waldron denominou de “circunstâncias políticas”, compostas pelo binômio desacordo e necessidade de ação conjunta¹⁰⁰.

Nesse viés, o pensador neozelandês, para enfrentar a atual indisposição face ao Poder Legislativo, evidencia a inafastabilidade dos desacordos morais e a necessidade do estabelecimento de um procedimento político decisório para resolução dos conflitos¹⁰¹ sem desconsiderar a ideia de dissenso permanente. Com efeito, enaltece o critério da decisão majoritária como o mais adequado e democrático até então desenvolvido, em contraposição à alternativa de se conferir a autoridade decisória à “racionalidade argumentativa” de um pequeno grupo de juízes¹⁰².

Waldron pretende consagrar a legislação como fonte digna do direito, e, assim, procura dar resposta à crítica comum que se tem feito à legislação majoritária (aprovada segundo a regra da maioria) que a acusa de ser arbitrária, uma mera soma de números, uma pura determinação estatística. Em geral, essa crítica é feita pelos defensores do *judicial review* que, para tanto, buscam denegrir a imagem da legislação ou do próprio Poder Legislativo. Seria péssimo, segundo a visão desses críticos, que questões tão relevantes para a vida da comunidade sejam decididas meramente por meio da contagem de cabeças. Por esse argumento querem excluir do parlamento a deliberação sobre princípios (direitos fundamentais).

⁹⁹ WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

¹⁰⁰ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 102-103.

¹⁰¹ Idem, p. 243.

¹⁰² Idem, p. 53-54.

Waldron inicia sua resposta com a afirmação de o método de tomada de decisão segunda a regra da maioria é tão antigo quanto a democracia ateniense e, mais, ele é aplicado pelas próprias cortes ao decidirem questões envolvendo direitos fundamentais. Ele cita, então, inúmeras decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos cujo placar final foi de cinco votos contra quatro. Se houver qualquer arbitrariedade em uma decisão majoritária legislativa, ela deve estar presente também nas decisões da Suprema Corte, de modo a viciar quase todo o direito constitucional norte-americano. **Ele enfatiza, portanto, que a diferença entre a legislação e a decisão da Corte é de representação, não de método decisório.**

Mas a principal defesa que se pode fazer da regra da maioria contra as críticas fundadas na arbitrariedade vale para as decisões das cortes, assim como para as dos parlamentos: o consentimento de que fala Locke não é físico ou de qualquer outro tipo, mas moral e relacionado à autorização para o agir coletivo de uma comunidade e à legitimidade dessa ação.

Desse modo, Waldron interpreta Locke de modo que a homenagear o procedimento. Isso quer dizer que a decisão segundo a regra da maioria não diz nada sobre a sua correção, senão apenas que a decisão, se adotada pela maioria, será legítima em relação às questões para as quais o consentimento é relevante. **O respeito a uma decisão majoritária não está relacionado a nenhuma reivindicação de maior sabedoria das multidões, como querem os críticos, mas a sua legitimidade.**¹⁰³ [grifou-se]

Sobre a “física do consentimento”, Waldron apresenta severas críticas às teorias deliberativistas que enfatizam a “conversação e a unanimidade como valores processuais-chaves”¹⁰⁴, olvidando a persistência do dissenso, cujo impasse somente poderá ser solvido mediante o critério decisório da maioria.

Os modernos proponentes da democracia deliberativa enfatizam a conversação e a unanimidade como valores processuais-chave. Idealmente, dizem, “a deliberação almeja chegar a um consenso racionalmente motivado – encontrar razões que sejam persuasivas para todos os que estão comprometidos a agir com base nos resultados de uma avaliação livre e arrazoada das possibilidades pelos iguais” [Joshua Cohen] Ora, tal objetivo é certamente importante em termos da lógica da deliberação. Argumentar de boa-fé é apresentar razões que (pensamos) o outro deve aceitar. O fato de duas ou mais pessoas persistirem no argumento significa que consideram seriamente a possibilidade de, no fim, as mesmas considerações convencerem a todos. (Do contrário, para que se incomodar?) Contudo, **aceitar o consenso como o telos interno da deliberação não é a mesma coisa que insistir nele como resultado político adequado. É aí que os teóricos deliberativos erram. Eles supõem que a dissensão ou discordância é necessariamente um sinal do caráter incompleto ou politicamente insatisfatório da deliberação. Sua abordagem sugere que deve haver algo errado na política da deliberação se a razão falha, se o**

¹⁰³ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. 203f. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 139-140.

¹⁰⁴ WALDRON, Jeremy. A dignidade..., p. 184.

consenso nos foge e se não há nada a fazer além de contar cabeças. Na verdade, alguns até sugeriram que só podemos ter certeza de que um processo é deliberativo se o seu resultado for unânime.

[...]

Em uma posição como essa, a necessidade de votar deve parecer uma admissão de fracasso, ditada talvez por prazos, detalhes práticos, pela ignorância ou pelo preconceito invencíveis de algumas ou de todas as partes.

Assim, é tentador para os teóricos da democracia deliberativa tentar marginalizar a votação e os processos (como a decisão majoritária) que a votação implica nas suas descrições da deliberação.¹⁰⁵ [grifou-se]

Diante de tais premissas, vale questionar: seria legítimo conferir ao Poder Judiciário a última palavra quanto à definição da materialidade constitucional das normas regimentais que tratem diretamente do processo legislativo e, assim, considera-las parâmetro de controle de constitucionalidade?

Posta a questão de tal forma, está a se aventar a possibilidade de o Poder Judiciário, por critério de “racionalidade jurídico-argumentativa”, sindicar a apreciação e a observância do Parlamento a respeito das regras procedimentais editadas pela própria Casa Legislativa em caráter de exclusividade.

Enfim, a resposta a tal indagação perpassa sobre a análise da natureza (jurídica?) do Regimento Interno.

Segundo parte considerável dos juristas que se debruçaram sobre o assunto, as normas regimentais integram o ordenamento jurídico e “enquanto regras de direito positivo dotadas de previsão constitucional, são normas cogentes, de observação obrigatória¹⁰⁶ por todos os seus destinatários”¹⁰⁷.

A natureza dos regimentos das assembleias políticas está longe de ser pacífica. Seja ela qual for, se as próprias assembleias podem modificar as normas regimentais quando lhes aprouver, não poderão dispensar-se de as cumprir enquanto estiverem em vigor. Quando o Parlamento vota uma lei, ou uma resolução, o objecto da deliberação é o projecto ou a proposta e não o regimento; essa deliberação tem de se fazer nos termos que este prescreve e não pode revestir o sentido de modificação tácita ou implícita das suas regras. O princípio que aqui se projecta para além do princípio hierárquico é sempre o de que o órgão que pode modificar a lei sob que vive deve, pelo menos, fazê-lo específica e directamente. Doutro modo, frustrar-se-ia a

¹⁰⁵ Idem, p. 184-185.

¹⁰⁶ A respeito da vinculatividade normativa dos Regimentos Internos das Casas Legislativas, bem como de sua parâmetricidade para fins de controle de constitucionalidade, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 922-923; BARBOSA, ob. cit., p. 173-192; BERNARDES JÚNIOR, ob. cit., p. 110-111.

¹⁰⁷ BARBOSA, ob. cit., p. 174.

missão ordenadora do Direito e comprometer-se-ia a própria idéia de institucionalização jurídica do poder.¹⁰⁸

Partindo da análise de Jorge Miranda, constata-se que a atribuição de juridicidade e cogência incondicional e ampla ao Regimento Interno é calcada no pressuposto da institucionalização jurídica do poder e, conseqüentemente, na onipotência do Judiciário para apreciar, inclusive, as “circunstâncias políticas” (na expressão de Jeremy Waldron), posto que, em última instância, a “constitucionalização” total do Estado fundamentaria a legitimidade da apreciação jurisdicional.

O fato é que a defesa da parametricidade do Regimento Interno¹⁰⁹ implica na supressão da autonomia do Poder Legislativo diante das vicissitudes e peculiaridades das circunstâncias políticas que envolvem o processo de criação normativa, entregando ao Poder Judiciário, guiado por critérios de racionalidade jurídica, a palavra final sobre a adequabilidade substancial da ação legislativa face ao regimento.

Há que se conferir a devida apreciação e qualificação à suposta “inobservância” pontual das normas regimentais, porquanto a condução procedimental propriamente dita está submetida aos mesmos pressupostos da materialidade da função legiferante: respeito aos limites estabelecidos na Constituição e a decisão majoritária como critério democrático por excelência. Não é dado atribuir à inobservância do Regimento Interno os mesmos efeitos de violação à Constituição e, também, ignorar a diferença entre uma minoria “vencida” e uma minoria “sufocada”.

A inobservância pontual de uma regra regimental (que não seja reprodução do texto constitucional) a partir de um consenso formado no seio da Casa Legislativa

¹⁰⁸ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 486.

¹⁰⁹ Nesse sentido: BARBOSA, ob. cit., p. 191: “As normas regimentais são princípios e regras jurídicas de direito

público, cuja observância por parte das Casas Legislativas é obrigatória e indisponível. Tais normas não estão sujeitas a modificações tácitas. A despeito de situarem-se no plano infraconstitucional, as normas regimentais referentes ao processo legislativo funcionam como parâmetros necessários para a aferição do cumprimento das disposições constitucionais acerca da produção válida de normas jurídicas. Por essa razão, sua violação pode levar à inconstitucionalidade do provimento legislativo resultante do processo viciado. Nessa hipótese, as normas regimentais funcionam como normas interpostas, uma vez que consubstanciam, por meio do exercício do poder autonormativo das Casas Legislativas, a delegação constitucional para estabelecer a medida necessária de deliberação capaz de justificar uma decisão nos discursos de justificação das normas”.

tendente a viabilizar a tramitação de determinado projeto de lei não enseja, necessariamente, um desrespeito à Constituição.

É exatamente nesse ponto que reside a crítica à postura de conferir legitimidade ao Poder Judiciário para atribuir a “materialidade constitucional” à determinadas normas regimentais. De se notar que, nesse contexto, existe uma superposição de Poderes e não uma relação harmônica ou de *check and balances*, afinal, ainda que haja consenso (o que envolve a minoria), a manifestação política estaria sendo substituída pela apreciação jurídica de um pequeno número de juízes.

Destaca-se, por oportuno, as palavras de Dieter Grimm, *in verbis*:

Disso sofre a separação entre direito e política, pois a aplicação do direito torna-se forçosamente o seu próprio criador de normas. A tarefa política da decisão programadora passa para as instâncias que devem tomar decisões programadas e que somente para tanto estão legitimadas a aparelhadas. Isso não tinge apenas a vinculação legal da administração. **Onde faltam critérios legais que determinem a conduta dos destinatários da norma de forma suficiente, a jurisdição também não pode fiscalizar se os destinatários se comportaram legalmente ou não. Porém, se ela aceitar sua missão de fiscalização, ela não vai mais utilizar critérios preestabelecidos, mas impor suas próprias noções de exatidão. Dessa maneira, ela se transforma, em escala intensificada, em poder político que, ele mesmo, assume funções de legislação. Então, a decisão política migra para onde ela não tem que ser responsabilizada politicamente, enquanto que à responsabilidade política não corresponde mais nenhuma possibilidade decisória. Nesse ponto, no nível da aplicação do direito paira a ameaça de uma nova mistura das esferas funcionais de direito e política, para a qual ainda não são visíveis soluções convincentes nos dias de hoje.**¹¹⁰
[grifou-se]

Afinal, nesse sentido, ficaria ao alvedrio do Judiciário a seleção e definição de quais normas regimentais seriam alçadas à condição de parâmetro de controle, tendo por critério a “densificação” das condições procedimentais de natureza constitucional, o que implicaria na retirada de autonomia do Parlamento em realizar, de modo direto, a interpretação da Constituição, visto que a última palavra a respeito da materialidade constitucional de determinada norma regimental seria dada por magistrados.

Nesse viés, vale lançar mão de instigante observação feita pelo Deputado na Constituinte de 1987-1988 e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, o jurista Nelson Azevedo Jobim: “só existe Regimento Interno onde não existe consenso”

¹¹⁰ GRIMM, Dieter. Constituição e Política. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, 2006, Del Rey, p. 19-20.

(informação verbal)¹¹¹. De fato, considerando o regimento como “ordenamento interno” e dinâmico por excelência, diante de eventual consenso no sentido de se afastar um regra regimental, não haveria, necessariamente ofensa à Constituição.

O estudo de caso apresentado neste trabalho exemplifica o que ora se expõe: no curso da tramitação da Proposta de Emenda à Constituição nº 12-A/2006, em dezembro de 2009, a regra contida no art. 362 do Regimento Interno do Senado Federal, que prevê a observância de um interstício mínimo de cinco dias entre os turnos de votação de projeto de emenda constitucional, foi afastada mediante o voto da unanimidade dos parlamentares presentes na sessão e em conformidade com o disposto no art. 412, III, do mesmo regimento. Levada a questão ao STF, restou decidido ser vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se na questão, posto que, por não ser a regra do art. 362 do RISF reprodução de norma constitucional, a decisão pelo seu afastamento seria matéria *interna corporis*.

A guisa de conclusão, ainda que com base em outros pressupostos, cumpre estabelecer a concordância com a conclusão do STF a respeito da insindicabilidade da decisão *interna corporis*, de modo que a contrariedade às regras regimentais somente autorizaria a atuação do Poder Judiciário quando houver violação à preceito ou garantia de índole constitucional.

7. CONCLUSÃO

A partir da análise acurada dos votos apresentados pelos Ministros do STF no julgamento da ADI nº 4.425/DF, em que foi afastada a alegação de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009 por não observância de interstício mínimo entre os dois turnos de votação, conforme previsto no art. 352 do Regimento Interno do Senado Federal, foi possível constatar as premissas e fundamentos da chamada teoria dos atos *interna corporis* atualmente adotada pela Corte Suprema. Segundo tal entendimento, é inviável conferir às normas regimentais o caráter de parametricidade para fins de controle de constitucionalidade do processo legislativo. Com efeito, o Judiciário só estaria legitimado a averiguar o cumprimento das disposições procedimentais de índole constitucional, ou seja, apenas e tão somente

¹¹¹ Segundo o Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor durante aula ministrada no curso de pós-graduação *strictu sensu* no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) no mês de outubro de 2014.

quando houver desrespeito às normas do processo legislativo contidas, de modo expresse, na Constituição Federal.

Tal postura recebe severas críticas fundamentadas nos constructos procedimentalistas extraídos das obras de Jürgen Habermas (em "Direito e democracia: entre facticidade e validade") e John Hart Ely (em "Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade"), porquanto, ao desenvolver a chamada "teoria dos atos *interna corporis*" e restringir a legitimidade aos parlamentares para a propositura de medidas judiciais de controle da higidez do rito de produção normativa, o STF acaba por desjudicializar e privatizar o processo legislativo, o que representa uma postura nociva face ao modelo do Estado Democrático de Direito formatado na Constituição da República.

Nesse ensejo, busca-se compreender as normas regimentais como materialização das condições procedimentais assecuratórias de um jogo argumentativo, em que seja garantida a participação de todos os envolvidos no processo decisório e, assim, legitimar a atuação da Jurisdição Constitucional a partir da consideração do Regimento Interno como parâmetro de controle do processo legislativo.

Questiona-se, portanto, a legitimidade do Poder Judiciário para dar a última palavra quanto à definição da materialidade constitucional das normas regimentais que tratem diretamente do processo legislativo e, assim, considera-las parâmetro de controle de constitucionalidade.

A defesa da parametricidade do Regimento Interno implica na supressão da autonomia do Poder Legislativo diante das vicissitudes e peculiaridades das circunstâncias políticas que envolvem o processo de criação normativa, entregando ao Judiciário, guiado por critérios de racionalidade jurídica, a palavra final sobre a adequabilidade substancial da ação legislativa face ao regimento.

Com efeito, ficaria ao alvedrio do Judiciário a seleção e definição de quais normas regimentais seriam alçadas à condição de parâmetro de controle, tendo por critério a "densificação" das condições procedimentais de natureza constitucional, o que implicaria na retirada de autonomia do Parlamento em realizar, de modo direto, a interpretação da Constituição, visto que a última palavra a respeito da materialidade constitucional de determinada norma regimental seria dada por magistrados.

Por conseguinte, ainda que com base em outros pressupostos, cumpre estabelecer a concordância com a conclusão do STF a respeito da insindicabilidade da decisão *interna corporis*, de modo que a contrariedade às regras regimentais somente autorizaria a atuação do Poder Judiciário quando houver violação à preceito ou garantia de índole constitucional.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. *O controle jurisdicional do processo legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André *et al* (orgs). *As novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Podium, 2011, p. 387-402.

BRASIL. *A Constituição e o Supremo*. Brasília: Secretaria de Documentação do STF, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425/DF. Relator para o acórdão: FUX, Luiz. Publicado no DJe de 19/12/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n.32.033/DF. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe de 18/02/2014.

CAMPOS, Francisco Luís da Silva. *Direito Constitucional*, vol. II. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI, Marcelo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Tradução: Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volumes 1 e 2. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial dos atos do Poder Legislativo: atos políticos e interna corporis*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Guilherme Wagner. Princípios constitucionais do direito parlamentar. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, jan./jun. 2004.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. 2013. 203f. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

PROFISSIONALIZAÇÃO BUROCRÁTICA E PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA PÓS-1988¹¹²

BUREAUCRATIC PROFESSIONALISM AND SOCIAL PARTICIPATION IN THE BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION POST-1988

Alex Cavalcante Alves¹¹³

RESUMO: O trabalho busca, por meio de revisão bibliográfica e pesquisa legislativa, apresentar os avanços alcançados na profissionalização do serviço público federal brasileiro, em ótica lançada sobre seu quadro burocrático, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, resultado não apenas do texto constitucional, mas de ações administrativas e legislativas adotadas ao longo das décadas seguintes, desde a edição do texto até a consolidação do período democrático hoje vivido pelo País. Nesse sentido, o trabalho menciona os resultados da reforma gerencial adotada em meados da década de 1990, que implicaram em alteração constitucional para positivar a eficiência como valor a ser alcançado pelo serviço público brasileiro, bem como na institucionalização dos primeiros canais de ampliação da participação cidadã no processo de tomada de decisão do setor público, e a sequência desses avanços em termos institucionais ao longo das décadas seguintes, evidenciando que a profissionalização da máquina pública e a participação social caminham juntas, sendo esta parte fundamental daquela. No entanto, a pesquisa evidencia que ainda há pontos a aprimorar, tanto para aumentar a profissionalização em sentido amplo, quanto para se assegurar a efetividade da participação social.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Administrativo; Administração Pública; Participação Social; Profissionalização; Serviço Público.

ABSTRACT: Through bibliographical review and legislative research, the paper seeks to present the advances achieved in the professionalization of the Brazilian federal public service, based on the bureaucratic framework, as a result of the enactment of the 1988 Federal Constitution, a result not only of the text constitutional, but of administrative and legislative actions adopted during the following decades, from the edition of the text to the consolidation of the democratic period now lived by the

¹¹² Material elaborado a partir do artigo “A profissionalização do serviço público federal brasileiro no regime democrático” apresentado durante o XX Congresso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública, realizado em Lima, Peru, em novembro de 2015, e do artigo “A profissionalização do serviço público na vigência da Constituição Federal de 1988”, publicado no Boletim de Direito Administrativo (Editora NDJ), junho/2017, ambos deste autor. Adaptado de apresentação realizada durante o X Congresso Consad de Gestão Pública, sob o título “Avanços institucionais no serviço público: abordagem acerca da profissionalização e da participação social a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988”, na condição de participante ad hoc do Painel 24 - Democratização do Estado: participação e controle social nas políticas públicas brasileiras, realizado em 6 de julho de 2017.

¹¹³ Especialista em Direito Público. Bacharel em Direito e Comunicação Social pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Concluiu aperfeiçoamento em “Management in the Public Sector” na École Nationale d'Administration (ENA), na França. É servidor público federal, integrando a carreira de Analista Administrativo da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB-DF, é Coordenador Nacional do Movimento Gestão Pública Eficiente – MGPE. Endereço eletrônico: alex.cavalcante@gmail.com.

Country. In this sense, the work mentions the results of the management reform adopted in the mid-1990s, which implied a constitutional amendment to positivize efficiency as a value to be achieved by the Brazilian public service, as well as the institutionalization of the first channels for expanding citizen participation in the decision-making process of the public sector, and the sequence of these advances in institutional terms to the public sector. Over the decades, demonstrating that the professionalization of the public machine and social participation go hand in hand, being this fundamental part of it. However, the research shows that there are still points to improve, both to increase professionalisation in the broad sense, and to ensure the effectiveness of social participation.

KEYWORDS: Administrative Law; Public administration; Social Participation; Professionalism; Public service.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho busca apresentar os avanços alcançados na profissionalização do serviço público federal brasileiro, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como na consolidação de mecanismos de participação pública, resultado não apenas do texto constitucional, mas de ações administrativas e legislativas adotadas ao longo das décadas seguintes, desde a edição do texto até a consolidação do período democrático hoje vivido pelo País.

Nesse sentido, pretende-se demonstrar o cenário da profissionalização burocrática brasileira no período pós-constituição; os resultados da reforma gerencial adotada em meados da década de 1990, que implicaram em alteração constitucional para positivar a eficiência como valor a ser alcançado pelo serviço público brasileiro, bem como na institucionalização dos primeiros canais de ampliação da participação cidadã no processo de tomada de decisão do setor público; e os avanços que se seguiram até os dias atuais.

2. OBJETIVOS

O trabalho tem como objetivo geral analisar a evolução da profissionalização do serviço público no regime democrático, bem como das garantias de participação social que a acompanharam desde a edição da Constituição Federal de 1988. Como objetivos específicos, verificar a simultaneidade da evolução profissional do setor público e da participação, e demonstrar que, não obstante avanços expressivos

tenham ocorrido, ainda é preciso aprimorar diversos pontos para assegurar a efetividade dos serviços públicos prestados e da participação social.

3. METODOLOGIA

Por meio de revisão bibliográfica e pesquisa legislativa, em abordagem exploratória, e em recorte delimitado à esfera federal, parte-se da Constituição Federal de 1988 e do impacto da redemocratização no serviço público, que viveu diferentes movimentos quanto ao tamanho e aplicação da máquina burocrática nos anos seguintes à sua promulgação. Em seguida, aborda-se a profissionalização ocorrida a partir da segunda metade da década de 1990 até os dias atuais, tratando da legislação e das políticas que foram utilizadas como instrumentos para o desenvolvimento da máquina pública e os mecanismos de participação pública associados. Por fim, abordam-se os desafios que ainda restam a enfrentar na continuidade dessa construção.

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A DEMOCRATIZAÇÃO SOB A ÓTICA DO SERVIÇO PÚBLICO

Após período de vinte e um anos de ditadura militar ostensiva e três anos de um governo civil que realizou a transição institucional, num total de vinte e quatro anos sem exercício pleno das faculdades democráticas, o advento da Constituição Federal de 1988 foi ao encontro de anseios da sociedade por um Estado que assegurasse a democracia e a cidadania.

A Constituição Federal não delimitou claramente a atuação do Estado na economia. Vinha-se de um período de forte participação estatal na economia nacional. Nesse sentido, não obstante o caráter progressista de seu texto, acabou por reafirmar uma máquina pública grandiosa e envolvida nos diversos temas sociais e econômicos nacionais, em caráter mais provedor do que regulador.

Essa visão se reflete no Capítulo VII da Constituição Federal de 1988, destinado à Administração Pública, que se ocupa de estabelecer normas fundamentais para a organização administrativa, com especial destaque para os servidores públicos.

Na parte geral, é abordada a forma de acesso a cargos públicos, que apresenta como regra o ingresso por concurso público. Tal regra é excepcionalizada no próprio texto constitucional, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que previu a concessão de estabilidade àqueles servidores com mais de cinco anos de funcionalismo, mesmo que não tivessem prestado concurso público para ingresso nos cargos.

A parte específica dedicada aos servidores públicos institui o Regime Jurídico Único e os planos de carreira para os servidores públicos, assegura direitos trabalhistas aos servidores públicos, prevê as hipóteses de remuneração por subsídio, bem como o regime de previdência do funcionalismo¹¹⁴.

Verificou-se, portanto, o primeiro movimento após a Constituição Federal: a efetivação de servidores e o estabelecimento de um regime jurídico específico na esfera Federal. Houve grande preocupação dos constituintes em assegurar garantias ao funcionalismo, o que é natural depois de período tão longo de repressão, mas tal preocupação não foi acompanhada das menções à eficiência e à busca por resultados.

Esse espírito levou à consolidação da visão burocrática, deixando originalmente afastados os pressupostos de administração gerencial que começavam a surgir em outros países naquele momento histórico.

Com a primeira eleição presidencial do período democrático, realizada em 1989, o candidato Fernando Collor de Mello, adotou, em seu discurso político, a figura da “caça aos marajás”, por meio da qual prometeu acabar com desvios de conduta e altos salários no funcionalismo público. Eleito, lançou, em 1990, o Programa Nacional de Desestatização (PND), com as primeiras privatizações. O governo Collor é tido tradicionalmente pela doutrina como o que inseriu as bases para a reforma gerencial que ocorreria na metade da década de 1990. Estimulou programas de demissão voluntária e fundiu Ministérios, mas tais ações não se mostraram exitosas para a profissionalização da máquina pública, pois foram acompanhadas de grande instabilidade na economia.

¹¹⁴ BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações posteriores. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2016.

De qualquer modo, estava iniciado o segundo movimento após a Constituição Federal: a desmobilização e tentativa de enxugamento da máquina pública. Após o processo de impedimento e a renúncia do Presidente Collor, assumiu o governo o Vice-Presidente Itamar Franco, de perfil moderado. As bases para a estabilidade econômica foram prioridade de seu ministério, culminando com o lançamento, em 1994, do Plano Real, o qual foi capitaneado pelo seu Ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso, que viria a ganhar as eleições presidenciais daquele ano e assumir o governo no ano seguinte.

5. A PROFISSIONALIZAÇÃO BUROCRÁTICA A PARTIR DA SEGUNDA METADE DA DÉCADA DE 1990 ATÉ OS DIAS ATUAIS

A necessidade de rever a orientação da máquina pública levou ao lançamento, em 1995, pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, sob a coordenação do Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira, do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que apresentou como plataformas o ajuste fiscal e a orientação da economia para o mercado, bem como a reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua capacidade de implementação de políticas públicas.

A reforma buscou conciliar a estabilidade econômica alcançada no período com a implementação de novos modelos de gestão. Desde então, foram criadas agências reguladoras em diversos setores; foram instituídas figuras de cooperação entre entes públicos e agentes privados, sob ótica de menor concentração de atividades nas mãos do Estado; foram traçadas diretrizes de responsabilização de gestores públicos e foi estimulada a participação da sociedade civil em instâncias de diálogo com o governo.

Com a eleição, em 2002, do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e, em 2010, da Presidente Dilma Rousseff, houve reassimilação de funções pelo Estado, com realização expressiva de concursos públicos para admissão de servidores e criação de órgãos públicos, mantendo-se, no entanto, as linhas gerais de estabilidade macroeconômica construídas a partir da segunda metade da década de 1990. Foi ampliado o foco de investimentos públicos em programas sociais, de infraestrutura (a exemplo do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC), políticas distributivas e tornada mais perceptível a interferência do Estado na esfera econômica, mas foram mantidas as principais estruturas construídas pela reforma gerencial.

A partir de setembro de 2016, com a atual gestão federal houve movimento no sentido do enxugamento e redução de gastos da máquina pública, tendo sido mantidos os instrumentos de participação social existentes.

Em meio a movimentos pendulares em temas como tamanho da máquina pública e incrementais em temas como responsabilidade fiscal e participação cidadã, foi sendo consolidada a profissionalização da burocracia brasileira, acompanhada de mecanismos de participação social, conforme se detalha a seguir.

5.1. Reforma do Aparelho do Estado e busca da eficiência

A Constituição Federal de 1988 é tida, em seu texto original, como depositária de princípios da Administração burocrática. Há traços de organização burocrática em estruturas administrativas milenares como as de civilizações antigas, da Igreja, da diplomacia e das forças militares. Mas, como afirma Luiz Carlos Bresser-Pereira¹¹⁵ (1996, p. 4), o modelo burocrático que se conhece hoje surgiu para substituir o modelo patrimonial de administração, que se revelou “incompatível com o capitalismo industrial e as democracias parlamentares” que despontaram a partir do século XIX na Europa.

Em referência aos estudos de Max Weber sobre o assunto, Idalberto Chiavenato¹¹⁶ (2003, p. 262) enumera, dentre as características da burocracia, a definição prévia de regulamentos; a formalidade; a racionalidade; a padronização das rotinas e procedimentos; o caráter impessoal e a previsibilidade do funcionamento da organização.

Em que pesem os aspectos positivos da organização burocrática, é a exacerbação da desconfiança mútua entre administradores e administrados uma das causas da morosidade e da burocracia no sentido pejorativo, reconhecida pelo excesso de documentação exigida para comprovar determinadas situações ou peticionar ao Estado, e pela lentidão em parcela considerável dos processos decisórios do setor público.

¹¹⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. “Da Administração Pública Burocrática à Gerencial”. Revista do Serviço Público, v. 47, n. 1, jan./abr. 1996. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95_AdmPublicaBurocratica_AGerencial.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2015.

¹¹⁶ CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

Soma-se aos controles rígidos e à ênfase nos processos a grande atenção dedicada pelo Estado para sua própria estrutura, o que acaba por prejudicar o seu olhar para o público e, em última análise, a própria efetividade da prestação dos serviços públicos.

A constatação das imperfeições do modelo burocrático pavimentou os caminhos para a adoção do modelo gerencial. A segunda metade da década de 1990 foi o momento em que a Administração Pública brasileira deu passos firmes para a adoção do modelo. De acordo com o texto do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado¹¹⁷ (1995, p. 17), a reconstrução do aparelho do Estado em bases gerenciais deveria considerar “a necessidade de equacionar as assimetrias decorrentes da persistência de aspectos patrimonialistas na administração contemporânea, bem como dos excessos formais e anacronismos do modelo burocrático tradicional”.

Ainda de acordo com o texto do Plano Diretor, a administração pública gerencial está lastreada pelo modelo anterior (burocrático), da qual conserva alguns dos princípios básicos, como a admissão por mérito, a estruturação de carreiras, a avaliação de desempenho e o treinamento continuado.

Nesse cenário, a doutrina da Administração Pública passou a defender a ideia de privatização dos serviços que o Estado não conseguia mais prover adequadamente, reservando-lhe apenas as atividades cujo exercício lhe é exclusivo, como polícia, diplomacia, definição do orçamento público, arrecadação. Esse modelo inicial, chamado gerencial puro, foi sofrendo ponderações ao longo do tempo, passando a contemplar, a depender do estudo, um Estado menos ou mais robusto, provedor ou regulador, mas sempre conservando uma perspectiva de responsável direto pela política nacional de bem-estar.

Segundo Luiz Carlos Bresser-Pereira¹¹⁸ (1996, p. 6), as características da administração pública gerencial podem ser resumidas em descentralização política, descentralização administrativa, redução de níveis hierárquicos, pressuposto da “confiança limitada”, em lugar da “desconfiança total” no gestor público, controle por

¹¹⁷ BRASIL (1995). Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

¹¹⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. “Da Administração Pública Burocrática à Gerencial”. Revista do Serviço Público, v. 47, n. 1, jan./abr. 1996. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95_AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2015.

resultados dos processos administrativos e administração com foco no atendimento às necessidades do cidadão.

A execução direta foi dando lugar à privatização de parte do setor produtivo estatal e foram criadas agências reguladoras, com autonomia, para assegurar a qualidade da prestação, nesse novo cenário, dos serviços de telecomunicações, energia elétrica, petróleo e combustíveis, transportes, vigilância sanitária, saúde suplementar, recursos hídricos e cinema.

Essa mudança de paradigma tinha um valor como norte: a busca da eficiência. No entanto, esse valor só foi acrescentado aos dispositivos constitucionais sobre serviço público com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998¹¹⁹, que, dentre as modificações de princípios e normas referentes à Administração Pública, deu a seguinte redação ao caput do art. 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...].

A emenda também fez com que o texto constitucional, em seu art. 41, dedicado aos servidores públicos, passasse a prever a perda de cargo decorrente de avaliação de desempenho e a avaliação especial de desempenho para aquisição de estabilidade no serviço público. Afirma-se, portanto, que a Emenda Constitucional nº 19/1998 foi o principal instrumento de reforma da máquina pública no plano constitucional da década de 1990.

5.2.O estímulo à participação cidadã e a responsabilização dos agentes públicos

A Reforma do Estado também inseriu no plano administrativo o estímulo à participação dos cidadãos na gestão e fiscalização de temas conduzidos pela

¹¹⁹ BRASIL (1998). Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 16 maio 2014.

Administração Pública, como nas figuras dos conselhos, audiências e consultas públicas e do orçamento participativo.

Os conselhos surgiram como esferas nas quais haveria previsão de interação entre representantes governamentais e da sociedade civil no acompanhamento e avaliação de políticas públicas. A respeito do êxito dessa iniciativa, destaca Fernando Luiz Abrucio¹²⁰ (2014, p. 24):

“Para finalizar os comentários sobre a Governança Pública das políticas, a interação Estado-sociedade é uma variável-chave para o bom desempenho delas. A utilização das arenas participativas é uma marca das políticas sociais. O desenho destas políticas se tornou mais aberto à participação e ao controle social. É claro que a diversidade de situações no Brasil faz com que muitos destes conselhos ainda não funcionem a contento. Mas o processo de criação de capital social é longo e incremental. Recente trabalho de Biderman e Avelino (2011) analisou as auditorias da Controladoria Geral da União e mostrou que nos lugares onde o Conselho Municipal de Saúde existe há mais tempo, menores são as chances de haver corrupção nesta área”.

Ainda a respeito do estímulo à participação, menciona-se, a título de exemplo, a previsão de audiência pública no art. 21 do Anexo I ao Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997¹²¹, que constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL:

Art. 21. O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública com os objetivos de:

I - recolher subsídios e informações para o processo decisório da ANEEL;

II - propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões;

III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública;

IV - dar publicidade à ação regulatória da ANEEL.

Parágrafo único. No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República.

¹²⁰ ABRUCIO, Fernando Luiz. “Da descentralização à coordenação federativa: trajetória recente das relações intergovernamentais no Brasil”. XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Quito, Ecuador, 11 – 14 nov. 2014.

¹²¹ BRASIL (1997). Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.htm>. Acesso em: 9 abr. 2015.

O orçamento participativo, que ganhou destaque como iniciativa experimental na cidade de Porto Alegre, capital do Estado do Rio Grande do Sul, e foi difundido como boa prática nas administrações municipais pelo Brasil ao longo da década de 1990, ganhou previsão na legislação federal, ainda que com enfoque local, com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), e do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001).

Já no final da primeira e no início da segunda década de 2000, são marcantes a edição do Decreto nº 6.932, de 11 de agosto de 2009, que institui a Carta de Serviços ao Cidadão, e da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação.

A Carta de Serviços ao Cidadão é documento que, para cada instituição pública, consolida, em linguagem acessível, o rol dos serviços prestados pelos órgãos e entidades públicas que realizam atendimento ao público. Nesse sentido, o art. 11 do Decreto nº 6.932/2009¹²² assinala:

Art. 11. Os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal que prestam serviços diretamente ao cidadão deverão elaborar e divulgar “Carta de Serviços ao Cidadão”, no âmbito de sua esfera de competência.

§ 1º A Carta de Serviços ao Cidadão tem por objetivo informar o cidadão dos serviços prestados pelo órgão ou entidade, das formas de acesso a esses serviços e dos respectivos compromissos e padrões de qualidade de atendimento ao público.

§ 2º A Carta de Serviços ao Cidadão deverá trazer informações claras e precisas em relação a cada um dos serviços prestados, em especial as relacionadas com:

I - o serviço oferecido;

II - os requisitos, documentos e informações necessários para acessar o serviço;

III - as principais etapas para processamento do serviço;

IV - o prazo máximo para a prestação do serviço;

V - a forma de prestação do serviço;

VI - a forma de comunicação com o solicitante do serviço; e

VII - os locais e formas de acessar o serviço.

[...]

§ 4º A Carta de Serviços ao Cidadão será objeto de permanente divulgação por meio de afixação em local de fácil acesso ao público, nos respectivos locais de atendimento, e mediante publicação em sítio eletrônico do órgão ou entidade na rede mundial de computadores.

¹²² BRASIL (2009). Decreto nº 6.932, de 11 de agosto de 2009. Dispõe sobre a simplificação do atendimento público prestado ao cidadão, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma em documentos produzidos no Brasil, institui a “Carta de Serviços ao Cidadão” e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6932.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015.

Trata-se de verdadeira política de facilitação de acesso e conscientização da população sobre os serviços públicos, determinativa para os órgãos públicos federais, que passou a expressar com maior clareza a missão institucional de cada um dos órgãos da Administração. Todavia, salienta-se que o decreto foi revogado pelo Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, e a figura da Carta de Serviços ao Cidadão substituída pela Carta de Serviços ao Usuário, criada pela Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017¹²³, mantendo semelhante finalidade.

A Lei de Acesso à Informação, por sua vez, regulamenta o direito assegurado pela Constituição Federal de 1988 a qualquer pessoa de solicitar e receber dos órgãos e entidades públicos informações públicas que sejam de sua responsabilidade. Em sua operacionalização, a legislação prevê o rito processual de solicitação de acesso, inclusive por meios eletrônicos, e a responsabilização dos agentes públicos que obstarem ou procrastinarem o acesso a esse direito.

As duas ferramentas, ao facilitar o acesso à informação por parte dos cidadãos, concluíram construção exitosa, realizada ao longo de todo o período democrático, no sentido de garantir ao cidadão o conhecimento dos produtos da máquina pública, tornando viável a possibilidade de sua participação, de forma consciente, nos debates sobre as políticas públicas.

Mas deve-se salientar que a participação cidadã tem previsões constitucionais, legais e normativas desde antes da reforma do Estado. A título de exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²⁴ (2006, p. 611) elenca os seguintes direitos à participação previstos no texto constitucional:

- “1. participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10);
2. participação do produtor e do trabalhador rural no planejamento e execução da política agrícola (art. 187);
3. participação da sociedade e dos Poderes Públicos nas iniciativas referentes à seguridade social (art. 194);
4. caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados na seguridade social (art. 194, VII), reafirmado com relação à saúde (art. 198, III) e à assistência social (art. 204, II);
5. gestão democrática do ensino público (art. 206, VI);

¹²³ BRASIL (2017c). Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm>. Acesso em: 5 jan. 2018.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 611.

6. colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural (art. 216, § 1º).”

Além disso, a Lei nº 8.666/1993 prevê, em seu art. 39, a realização de audiência pública antes da contratação de empreendimentos de altíssimo valor¹²⁵, como se verifica a seguir:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

A Lei nº 9.784, de 1999, que trata do processo administrativo, na seção que trata da instrução processual, também prevê mecanismos de participação pública em seus arts. 31 a 34, a seguir transcritos:

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

¹²⁵ O valor em tela representa 150 milhões de reais.

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Acompanhando a ampliação da transparência e da participação cidadão, a responsabilização dos agentes públicos avançou de forma expressiva de meados da década de 1990 até os dias atuais. Frise-se a relevância da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, no ano 2000, que estabeleceu limites para gastos de pessoal, regras para endividamento e estimulou a responsabilidade e a transparência na gestão fiscal realizada pelos gestores públicos das esferas federal, estadual e municipal.

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013¹²⁶, conhecida como Lei Anticorrupção, inovou ao prever de forma clara a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, passando a prever o acordo de leniência, facultada sua celebração à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, que poderá firmá-lo com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos tipificados pela Lei que colaborem com o deslinde das investigações e do processo administrativo, desde que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e maior celeridade na obtenção de informações para comprovar o ilícito.

5.3. Agenda de governança e qualidade da gestão

A formalização do ingresso, na agenda governamental, da pauta da qualidade da gestão pública durante a década de 2000 se deu com a criação do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GESPÚBLICA, por meio do Decreto nº 5.378, de 23 de fevereiro de 2005¹²⁷.

¹²⁶ BRASIL (2013b). Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 30 mar. 2015.

¹²⁷ BRASIL (2005). Decreto nº 5.378 de 23 de fevereiro de 2005. Institui o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização - GESPÚBLICA e o Comitê Gestor do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5378.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

O GESPÚBLICA foi criado com a finalidade de contribuir para a melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos e para o aumento da competitividade do País, contemplando a implementação de medidas de transformação da gestão, a consolidação da administração pública profissional voltada aos interesses dos cidadãos, com vistas a:

Art. 2º.

I - eliminar o déficit institucional, visando ao integral atendimento das competências constitucionais do Poder Executivo Federal;

II - promover a governança, aumentando a capacidade de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas;

III - promover a eficiência, por meio de melhor aproveitamento dos recursos, relativamente aos resultados da ação pública;

IV - assegurar a eficácia e efetividade da ação governamental, promovendo a adequação entre meios, ações, impactos e resultados;

e

V - promover a gestão democrática, participativa, transparente e ética.¹²⁸

Entre as contribuições do Programa, estiveram a realização de benchmarking de boas práticas entre as instituições públicas, o desenvolvimento do modelo de Autoavaliação da Gestão Pública, a disseminação das Cartas de Serviços ao Cidadão e a elaboração de manuais sobre simplificação administrativa e gestão de processos na Administração Pública. No entanto, o Decreto instituidor do Programa foi revogado pelo Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017¹²⁹.

Pode-se afirmar que, além do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão responsável pelo GESPÚBLICA, funcionaram como agentes expressivos da propagação da agenda de governança e qualidade da gestão, nos últimos anos, o Tribunal de Contas da União – TCU e as Agências Reguladoras.

O Tribunal de Contas da União – TCU, por sua estrutura, reputação e pela qualidade técnica dos seus quadros, tem executado com êxito tal agenda, produzindo estudos, eventos e parcerias sobre a governança pública. O ministro e ex-Presidente

¹²⁸ BRASIL (2005). Idem. Ibid.

¹²⁹ BRASIL (2017b). Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. Dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9094.htm>. Acesso em: 8 jan. 2018.

daquela Corte, João Augusto Ribeiro Nardes¹³⁰ (2013, p. 10), destacou, em artigo acerca do tema, a necessidade de melhorar a governança pública no País:

“Em suma, melhorar a governança significa ouvir a população e planejar melhor, ter bons processos de trabalho, servidores públicos escolhidos com critério e remunerados segundo a qualidade de seu trabalho e ter indicadores que possam ser mensurados e melhorados continuamente. É divulgar, com total transparência, os resultados alcançados. Com uma melhor governança é possível, no curto prazo, mesmo sem reformas estruturantes como a previdenciária, trabalhista, política e fiscal, fazer mais com o mesmo volume de recursos, acelerar o ritmo das obras, melhorar a qualidade do serviço prestado nos hospitais, nas escolas, na pesquisa, no meio ambiente”.

As Agências Reguladoras, instituídas durante a Reforma do Aparelho do Estado brasileiro, que possuem uma carreira nova e com boas perspectivas de crescimento, têm se destacado na adoção de boas práticas, notadamente a Análise de Impacto Regulatório – AIR, sob estímulo do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação da Casa Civil da Presidência da República – PRO-REG. Dentre as experiências das Agências, destacam-se a da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, pioneira na consolidação da cultura de AIR, e da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que regulamentou a elaboração das AIR por meio da Resolução Normativa nº 540, de 12 de março de 2013¹³¹. O art. 2º da Resolução Normativa assinala:

Art. 2º A AIR é o procedimento por meio do qual são providas informações sobre a necessidade e as consequências da regulação que está sendo proposta e é verificado se os benefícios potenciais da medida excedem os custos estimados, bem como se, entre todas as alternativas avaliadas para alcançar o objetivo da regulação proposta, a ação é a mais benéfica para a sociedade.¹³²

Em anexo à Resolução Normativa, existe formulário, a ser preenchido pelas unidades organizacionais da ANEEL responsáveis pela elaboração do regulamento, do qual devem constar, necessariamente, a identificação do problema, as justificativas

¹³⁰ NARDES, João Augusto Ribeiro. “A Contribuição do TCU para a Governança e o Desenvolvimento”. Disponível em: <<http://www.gestaopublicaeficiente.com.br>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

¹³¹ BRASIL (2013). Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução Normativa nº 540, de 12 de março de 2013. Aprova a Norma de Organização ANEEL nº 40, que dispõe sobre realização de Análise de Impacto Regulatório – AIR – no âmbito da Agência. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2013540.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

¹³² BRASIL (2013). Idem. Ibid.

para a intervenção da Agência no assunto, os objetivos almejados com a intervenção e a análise dos impactos das opções elencadas, bem como as formas de acompanhamento dos resultados.

Essa documentação é submetida a audiência pública, servindo para contribuir com o nível de informação disponível para participação pública no âmbito do ente regulador. Com a aprovação da Resolução Normativa nº 798, de 12 de dezembro de 2017¹³³, que passa a vigorar em julho de 2018 em substituição à Resolução Normativa nº 540/2013, os dispositivos da norma foram aprimorados, prevendo agora a disponibilização de AIR em audiência pública anteriormente à disponibilização da minuta de ato normativo, bem como a avaliação de resultado regulatório, que prevê a avaliação de resultados dos normativos adotados ou alterados no tocante ao alcance de seus objetivos e ao impacto de sua implementação junto ao mercado e à sociedade.

5.4. Política de valorização e avaliação dos servidores públicos federais

A partir da segunda metade da década de 1990, houve evidente política de valorização dos servidores públicos brasileiros. No entanto, há alguns aspectos que distinguem o governo de Fernando Henrique Cardoso do governo de seus sucessores Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, como se verá a seguir.

O governo Fernando Henrique Cardoso, com a Reforma do Aparelho do Estado, buscou melhorar a remuneração e tornar mais atraentes as carreiras típicas de Estado com exigência de formação universitária.

Em recorte desse período histórico, Aleksandra Pereira dos Santos e Ana Luiza Machado de Codes¹³⁴ (2014, p. 1) assinalaram o aprimoramento da profissionalização conduzido pela Escola Nacional de Administração Pública e as iniciativas do hoje extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado para o fortalecimento de carreiras estratégicas:

¹³³ BRASIL (2017a). Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução Normativa nº 798, de 12 de dezembro de 2017. Aprova a revisão da Norma de Organização ANEEL nº 40, de 12 de março de 2013, que dispõe sobre a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) no âmbito da Agência. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 7 jan. 2018.

¹³⁴ SANTOS, Aleksandra Pereira dos; CODES, Ana Luiza Machado de (2014). “A carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental: evolução e impacto no Estado brasileiro”. XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Quito, Ecuador, 11 – 14 nov. 2014.

“[...] durante o primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, a ENAP passou a formular e difundir as propostas da nova administração pública entre os servidores federais, sob a direção do então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare), que também reativou concursos para as carreiras de EPPGG¹³⁵ e de Analista de Planejamento e Orçamento (APO)”.¹³⁶

Como verificado, a política de valorização nos dois mandatos do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-1998; 1999-2002) se deu de forma a priorizar as carreiras de nível superior integrantes do núcleo estratégico do Estado.

Os impactos dessa política se deram com o fortalecimento da alta burocracia em carreiras econômicas, fiscais e de gestão, em detrimento dos quadros de burocratas do nível de rua, geralmente com exigência de formação de nível médio. Os concursos para este último segmento foram reduzidos e não havia sensação de serem prestigiados pelo Estado, cogitando-se até mesmo a descontinuidade do recrutamento, flexibilização de regime jurídico ou mesmo terceirização de atividades de menor especialização.

Em tempos de enxugamento da máquina pública, houve a edição da Medida Provisória nº 2.174-28, de 24 de agosto de 2001¹³⁷, que instituiu o Programa de Desligamento Voluntário – PDV, a redução da jornada de trabalho com redução da remuneração e a licença sem remuneração incentivada no âmbito do Poder Executivo Federal. Com a norma, foi estimulada a dedicação parcial dos funcionários, com consequente redução do gasto público. A exceção se deu com relação às carreiras estratégicas, que tinham possibilidades limitadas de demissão voluntária e vedação à redução de jornada.

Residem na priorização das carreiras estratégicas de nível superior e na flexibilização da dedicação ao serviço público as diferenças mais marcantes entre a política de valorização do governo Fernando Henrique Cardoso e a promovida pelo

¹³⁵ Carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, também conhecida popularmente como carreira de “Gestor”.

¹³⁶ SANTOS, Aleksandra Pereira dos; CODES, Ana Luiza Machado de. “A carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental: evolução e impacto no Estado brasileiro”. XIX Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Quito, Ecuador, 11 – 14 nov. 2014.

¹³⁷ BRASIL (2001a). Medida Provisória nº 2.174-28, de 24 de agosto de 2001. Institui, no âmbito do Poder Executivo da União, o Programa de Desligamento Voluntário - PDV, a jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional e a licença sem remuneração com pagamento de incentivo em pecúnia, destinados ao servidor da administração pública direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2174-28.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.

governo Lula (2003-2006; 2007-2010), com continuidade no governo de Dilma Rousseff (2011-2014, reeleita para mandato de 2015 a 2018, mas retirada do poder mediante processo de impedimento em 2016)¹³⁸.

A partir de 2003, a política de valorização passou a prever maior protagonismo dos servidores em negociações salariais e continuidade de valorização das carreiras de nível superior, mas acompanhada de paulatina recomposição salarial e reposição da força de trabalho em carreiras de base, o que contribuiu para aumentar a atratividade do serviço público com relação aos quadros de formação elevada do País.

Esse movimento de profissionalização não se deu apenas no aumento da qualidade dos quadros recrutados e na realização de concursos públicos com maior frequência, mas também alcançou a qualificação profissional do servidor ingresso e, posteriormente, a cobrança por resultados. Segundo Marizaura Reis de Souza Camões e Diogo Ribeiro da Fonseca¹³⁹ (2014, p.1):

“Seguindo essa tendência internacional, a Administração Pública Brasileira também iniciou um movimento no sentido de modernizar e profissionalizar o serviço público tornando a gestão de pessoas uma ferramenta estratégica. A iniciativa de adotar o modelo de gestão por competências ocorreu nos primeiros anos do governo Luiz Inácio Lula da Silva pela edição do Decreto nº 5.707/2006 que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal – PNDP para os órgãos do Poder Executivo. A premissa dessa política é a profissionalização dos servidores públicos sob os pressupostos do modelo de gestão por competências aplicado à capacitação”.

A Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008, instituiu a sistemática para avaliação de desempenho dos servidores da administração pública federal, estabelecida com o objetivo de promover a melhoria da qualificação dos serviços públicos e subsidiar a política de gestão de pessoas do setor público. A avaliação se dá tanto no aspecto individual quanto no institucional, que deve refletir a contribuição da equipe de trabalho para o alcance das metas e para os resultados da instituição.

¹³⁸ O governo Michel Temer, iniciado no segundo semestre de 2016, manteve os acordos de reajustes do funcionalismo pactuados por sua antecessora, mas sinalizando enxugamento da máquina pública, como se verá a seguir. Posteriormente, foi editada Medida Provisória postergando a concessão de parcelas desses aumentos. A eficácia dessa MP foi suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal.

¹³⁹ CAMÕES, Marizaura Reis de Souza; FONSECA, Diogo Ribeiro da. “Dimensões político-estruturais do desenvolvimento de servidores no governo federal brasileiro: avanços e desafios”. XIX Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Quito, Ecuador, 11 – 14 nov. 2014.

Os procedimentos operacionais de avaliação de desempenho foram definidos no Decreto nº 7.133, de 19 de março de 2010, que descreve as gratificações em cada uma das diversas carreiras do Poder Executivo que utilizam, na composição da remuneração dos seus servidores, a soma de vencimento básico e gratificação de desempenho pelo exercício da atividade específica¹⁴⁰. As metas e os resultados objeto da Lei devem ser amplamente divulgados pelas instituições públicas.

Mais recentemente, foi editada a Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013¹⁴¹, conhecida como “Lei de Conflito de Interesses”, tratando do conflito de interesses no âmbito federal. A Lei define como conflito de interesses “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública”. A norma trouxe em seu texto diversas restrições aos gestores públicos, inclusive elencando casos em que devem ser observados períodos de quarentena quando do seu desligamento do serviço público, dificultando o seu trânsito entre funções no serviço público e na iniciativa privada, em sentido oposto ao da Medida Provisória nº 2.174-28/2001.

No governo de Michel Temer, foi editada a Medida Provisória nº 792, de 26 de julho de 2017, que instituiu, no âmbito do Poder Executivo federal, o Programa de Desligamento Voluntário, a jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional e a licença sem remuneração com pagamento de incentivo em pecúnia aos servidores¹⁴². Tal Medida Provisória revogava a MP nº 2.174-28/2001, com que se parecia em grande medida. A MP nº 792/2017, todavia, não prosperou, tendo

¹⁴⁰ As carreiras estratégicas, ou “típicas de Estado”, são remuneradas, em sua maioria, por subsídio, não possuindo parcela remuneratória variável por desempenho.

¹⁴¹ BRASIL (2013a). Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

¹⁴² BRASIL (2017d). Medida Provisória nº 792, de 26 de julho de 2017. Institui, no âmbito do Poder Executivo federal, o Programa de Desligamento Voluntário, a jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional e a licença sem remuneração com pagamento de incentivo em pecúnia, destinados ao servidor da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv792.htm>. Acesso em: 5 jan. 2018.

registrado baixos índices de adesão do funcionalismo e tendo perdido sua eficácia, não chegando a concluir sua deliberação no Congresso Nacional. Dessa forma, continua em vigor a Medida Provisória de 2001.

5.5. A Administração Pública e a participação social no contexto atual (a partir de setembro de 2016)

No âmbito da atual gestão federal, os aspectos mais evidentes no tocante à organização da máquina pública são a quase estagnação do recrutamento, mesmo para as carreiras típicas de Estado, fruto do ajuste fiscal que consta da pauta política vigente, cujo marco constitucional se deu com a promulgação da Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016¹⁴³, que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal.

A partir da promulgação da emenda, ficou praticamente congelado o nível de gasto público pelo período de 20 anos, como salienta o recém acrescido art. 106 do ADCT, que conta com a seguinte redação:

"Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."

Ainda pode-se mencionar a realização da reforma trabalhista e a tentativa de realização da reforma previdenciária, esta última com impacto direto sobre os servidores públicos, e que permanece em tramitação no Congresso Nacional.

Cabe mencionar ainda a edição da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016¹⁴⁴, que criou o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos

¹⁴³ BRASIL (2016a). Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹⁴⁴ BRASIL (2016b). Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13334.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

de infraestrutura e de outras medidas de desestatização, possuindo entre seus objetivos fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.

Tal autonomia, apesar de prevista no modelo e em certos normativos, ainda carece de implementação, uma vez que a autonomia administrativa e financeira das Agências, a aplicação de mandatos alternados em suas diretorias, e a previsão de um diretor substituto para os períodos em que houver vacância ainda não são realidade em boa parte desses órgãos. Um projeto de lei que visa disciplinar essas e outras questões afetas às Agências Reguladoras segue em tramitação, já há vários anos, no Congresso Nacional, e também prevê a existência de um Ouvidor no âmbito dos entes reguladores.

Pode-se se salientar ainda, como um marco do período atual, a regulamentação da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a chamada “Nova Lei das Estatais”. Tal regulamentação, que se deu por meio do Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016¹⁴⁵, trouxe diversas exigências quanto à capacidade e requisitos para o exercício de cargos de direção nas estatais, de modo a fortalecer o *compliance* e assegurar que os dirigentes possuam as habilidades técnicas necessárias ao exercício dessas funções.

No campo da participação social, os mecanismos existentes anteriormente permaneceram válidos, e se notou fortalecimento da atuação das Ouvidorias Públicas por meio dos procedimentos previstos na Lei nº 13.460/2017 e no Decreto nº 9.094/2017 e da valorização da cultura de Análise de Impacto Regulatório, a qual sempre deve ser submetida a Audiência Pública.

145 BRASIL (2016). Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016. Regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8945.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

6. DESAFIOS A ENFRENTAR

A profissionalização da burocracia no País ainda tem grandes desafios para sua implementação em larga escala, que vão desde a forma de recrutamento e ingresso até a efetiva entrega dos serviços públicos.

Não há dúvidas que o ingresso no serviço público, por meio de concursos públicos, foi um grande avanço para a profissionalização da burocracia no País. No entanto, a população ainda reclama da qualidade do serviço público prestado e da dificuldade de acesso aos serviços públicos em geral. O processo seletivo, por si só, é um avanço, mas não tem se mostrado suficiente. Faltam exames psicotécnicos, entrevistas, testes vocacionais e de aptidão para o exercício da função.

Além dos problemas no recrutamento, falta, em diversos cargos públicos, a mensagem inicial. Por diversas vezes, o governo, empregador, não informa aos servidores o que espera deles em termos de resultados, qual sua missão, seu compromisso. Não é razoável que o servidor ingresse numa função pública sem saber exatamente qual o papel da instituição e o seu papel dentro dela.

Se essas noções são claramente transmitidas nos cursos de formação da alta burocracia do Poder Executivo Federal, quando no ingresso em carreiras estratégicas como a de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental e Diplomata, são, de outro modo, passadas de forma ainda incipiente, ou mesmo inexistente, em carreiras intermediárias e de nível de rua.

A instituição de cursos de formação em larga escala para as carreiras públicas permitiria enorme ganho qualitativo para o serviço público, que passaria a contar cada vez mais com profissionais preparados para bem desempenhar o seu papel perante a sociedade. Mas, até o momento atual, o governo acaba por não dizer à maior parte de sua força de trabalho, quando de sua admissão, o que espera dela.

Merece atenção a noção de carreira no funcionalismo brasileiro, que se, por um lado, pode ser considerado um avanço dessas décadas, por outro, recebe críticas por disfunções como seu engessamento, a criação de especificações minuciosas ao extremo, as remunerações díspares e a pouca amplitude interna.

A profissionalização passa ainda pela redução das disparidades salariais, onde, de um lado, há salários bastante elevados como os dos servidores administrativos do Poder Legislativo e, de outro, salários abaixo de médias aceitáveis para profissionais

que realizam trabalhos em contato com os cidadãos na implementação de políticas públicas estruturantes de educação, saúde e segurança pública. A maior padronização da remuneração também contribuiria para conferir ao servidor e à sociedade em si maior noção de carreira no serviço público, em lugar do atual cenário em que cada carreira pública possui regramento, remuneração e especificidades distintas quanto à remuneração.

Os líderes de média gerência, grupo de servidores que poderia ser responsável por ampliar a comunicação entre a Alta Administração e os burocratas de nível de rua, assegurando a chegada aos cidadãos dos resultados das políticas, ainda carecem de formação específica e são uma questão que carece de desenvolvimento no setor público brasileiro. A respeito dessa categoria, assinalaram Gabriela Spanghero Lotta, Roberto Rocha Coelho Pires e Vanessa Elias Oliveira¹⁴⁶ (2014, p. 466):

“[...] poucos são os estudos voltados a compreender a burocracia intermediária que gerencia os burocratas de nível de rua e que fazem o elo entre esses implementadores e os formuladores (HOWLETT, 2011; MEIER, 2009; PIRES, 2011; OLIVEIRA e ABRUCIO, 2011). Dessa burocracia de médio escalão, fazem parte os gerentes, dirigentes, supervisores e agentes encarregados de operacionalizar as estratégias que o alto escalão da burocracia formula (PIRES, 2010)”.

Nota-se, portanto, a relevância de melhor compreender e estimular a excelência desses profissionais, como forma de assegurar a coerência entre as políticas desenhadas pelos gestores da Alta Administração e a efetividade de sua aplicação na ponta. Afinal, a participação social pode ter como um dos seus pontos de partida a interação entre o burocrata de nível de rua e a população.

A formação cultural do povo brasileiro transfere ao Estado muitas das responsabilidades sobre os acontecimentos da vida cotidiana e o Estado brasileiro, independentemente da orientação política de seus governantes, não tem por tradição se furtar de incorporar como suas as atribuições que essa cultura lhe delega. Dessa forma, cresce em atribuições sem, por vezes, conseguir assegurar a qualidade do serviço prestado e da administração da máquina burocrática em si.

¹⁴⁶ LOTTA, Gabriela Spanghero; PIRES, Roberto Rocha Coelho; OLIVEIRA, Vanessa Elias (2014). “Burocratas de médio escalão: novos olhares sobre velhos atores da produção de políticas públicas”. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 65, n. 4, p. 463-492, out/dez 2014.

Nesse cenário, o Estado presta serviços de qualidade em determinadas ilhas de excelência, diante da organização autônoma ou estrutura corporativa de determinados órgãos e autarquias; ou ao espírito público de servidores que, por seu voluntarismo, dedicação e/ou aspiração de carreira, formam uma elite burocrática a quem são delegadas as tarefas de elevada complexidade e responsabilidade. No entanto, a Administração há décadas se ressentida da falta de um projeto nacional claro sobre a máquina pública e da falta de coordenação intragovernamental.

A respeito da coordenação, não apenas internamente ao governo, mas também na articulação com a sociedade para o atendimento às inúmeras demandas surgidas no contexto contemporâneo, Goldsmith e Eggers¹⁴⁷ (2006, p. 22), na obra “Governar em rede: o novo formato do setor público”, afirmam:

“O modelo tradicional e hierárquico de governo simplesmente não atende as demandas desses tempos complexos e em rápida transformação. Sistemas burocráticos rígidos, que operam com procedimentos de comando e controle, restrições de trabalho rigorosas, bem como culturas e modelos operacionais introvertidos são inadequados para abordar problemas que, muitas vezes, transcendem os limites organizacionais”.¹⁴⁸

A governança em rede exige maior protagonismo dos cidadãos nas políticas públicas. Não há dúvida de que há a necessidade de se mudar a visão de grande parte da população brasileira, que espera passivamente a solução de todos os problemas pelo Estado. Mas também não há como negar que essa mudança é muitas vezes mais complexa do que uma mudança no paradigma de gestão que possa conduzir à excelência em larga escala no setor público.

Também não há como deixar de levar em consideração o fato de que, por essa cultura em grande parte ligada ao Estado que possui o brasileiro, o exemplo oferecido pela burocracia teria caráter formativo. Receber atendimento de primeira linha nos mais diversos órgãos públicos geraria mudança importante na forma como o cidadão enxerga o Estado – e até mesmo permitiria ao cidadão passar a ver a si próprio como agente da mudança.

Quanto ao acesso à informação, apesar dos avanços conquistados ao longo das décadas da redemocratização, o Brasil ainda se ressentida da falta de um banco

¹⁴⁷ GOLDSMITH, Stephen; EGGERS, William D (2006). Governar em rede: o novo formato do setor público. Brasília/São Paulo: ENAP/Unesp, 2006.

¹⁴⁸ Idem. Ibid.

consolidado e atualizado com avaliações e resultados das políticas públicas em nível nacional, bem como de informações sobre gastos orçamentários explicitadas em linguagem mais acessível ao cidadão comum.

A participação social ainda precisa ser melhor assimilada por burocratas e pela própria população. A cultura de participação ainda é recente em nosso País, e estimulá-la é papel do Poder Público e das entidades da sociedade civil, de forma que o cidadão se veja mais envolvido no trato da máquina pública e que incidentes como os que têm motivado a recente crise política brasileira possam ser corretamente compreendidos e evitados pela população.

7. CONCLUSÃO

Apesar dos movimentos em sentidos diversos da máquina pública federal, ora no sentido de um Estado provedor, ora no sentido de um Estado regulador, bem como da convivência de traços dos modelos burocrático e gerencial, são inegáveis os avanços trilhados no sentido da profissionalização da burocracia estatal ao longo do período democrático. Esses avanços foram acompanhados da consolidação de mecanismos de participação pública.

No entanto, a participação pública ainda não alcançou o grau de efetividade almejado, havendo a percepção por parte da população de que certas instâncias de governo são impermeáveis às contribuições trazidas pela sociedade. No campo da profissionalização da burocracia, os avanços ainda não foram suficientes para permitir a implementação, em grau de excelência, das políticas de bem-estar social previstas na Constituição Federal, que implicariam na prestação de serviços públicos de alto nível.

Apesar das divergências de orientação política, as administrações democráticas brasileiras construíram uma agenda no sentido da profissionalização do serviço público, bem como consolidaram mecanismos de participação social.

Não é viável pensar em melhoria da Administração Pública sem atentar para a profissionalização do setor público e a participação social. Um País como o Brasil, com dimensões continentais, demanda grau de profissionalização do exercício da função pública em patamar tão elevado quanto são os desafios a serem enfrentados rumo ao desenvolvimento nacional, e a participação da população é fundamental para

promover essa evolução. O setor público possui os instrumentos adequados e o dever moral de estimular a participação social.

No entanto, se persiste forte contraste entre, de um lado, uma alta burocracia fortemente qualificada e, de outro, dirigentes e colaboradores que não estão recebendo com clareza as diretrizes do Estado sobre sua atuação e/ou não contam com estrutura adequada em suas repartições para realizar atendimento digno às necessidades da população, existe uma lacuna ainda maior entre a o nível de formação dos servidores públicos, mesmo os menos qualificados, e a grande camada da população que depende essencialmente dos serviços públicos para assegurar sua qualidade de vida.

Dessa forma, não há como se pensar em estímulo à participação social sem engajamento dos agentes públicos na sua consolidação, e no amplo acesso à educação como pilar nacional para o desenvolvimento.

* As ideias externadas neste artigo são de responsabilidade de seu autor e não representam necessariamente o ponto de vista das instituições às quais esteja vinculado.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. “Da descentralização à coordenação federativa: trajetória recente das relações intergovernamentais no Brasil”. XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Quito, Ecuador, 11 – 14 nov. 2014.

BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações posteriores. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2016.

_____. (1990). Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 1 mai. 2015.

_____. (1993). Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. (1995). Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

_____. (1997). Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.htm>. Acesso em: 9 abr. 2015.

_____. (1998). Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. (1999). Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. (2000). Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 25 fev. 2015.

_____. (2001). Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 14 mai. 2015.

_____. (2001a). Medida Provisória nº 2.174-28, de 24 de agosto de 2001. Institui, no âmbito do Poder Executivo da União, o Programa de Desligamento Voluntário - PDV, a jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional e a licença sem remuneração com pagamento de incentivo em pecúnia, destinados ao servidor da administração pública direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2174-28.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.

_____. (2005). Decreto nº 5.378 de 23 de fevereiro de 2005. Institui o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização - GESPÚBLICA e o Comitê Gestor do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5378.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

_____. (2008). Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008. Conversão da Medida Provisória nº 431, de 2008. Brasília, 2008. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11784.htm>. Acesso em: 25 mai. 2015.

_____ (2009). Decreto nº 6.932, de 11 de agosto de 2009. Dispõe sobre a simplificação do atendimento público prestado ao cidadão, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma em documentos produzidos no Brasil, institui a “Carta de Serviços ao Cidadão” e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6932.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____ (2010). Decreto nº 7.133, de 19 de março de 2010. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7133.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015.

_____ (2011). Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 25 fev. 2015.

_____ (2013). Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução Normativa nº 540, de 12 de março de 2013. Aprova a Norma de Organização ANEEL nº 40, que dispõe sobre realização de Análise de Impacto Regulatório – AIR – no âmbito da Agência. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2013540.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____ (2013a). Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

_____ (2013b). Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____ (2013c). Tribunal de Contas da União. Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

_____ (2014). Controladoria-Geral da União. Orientação Normativa nº 2, de 9 de setembro de 2014. Dispõe sobre o exercício de atividades de magistério por agentes públicos do Poder Executivo Federal. Brasília, 2014. Disponível em: <

http://www.cgu.gov.br/noticias/2014/arquivos/OrientacaoNormativaCGU_02_12_09_2014.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____ (2016). Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016. Regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8945.htm>. Acesso em: 15 maio 2017.

_____ (2016a). Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 15 mai. 2017.

_____ (2016b). Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13334.htm>. Acesso em: 15 maio 2017.

_____ (2017a). Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução Normativa nº 798, de 12 de dezembro de 2017. Aprova a revisão da Norma de Organização ANEEL nº 40, de 12 de março de 2013, que dispõe sobre a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) no âmbito da Agência. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 7 jan. 2018.

_____ (2017b). Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. Dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9094.htm>. Acesso em: 8 jan. 2018.

_____ (2017c). Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm>. Acesso em: 5 jan. 2018.

_____ (2017d). Medida Provisória nº 792, de 26 de julho de 2017. Institui, no âmbito do Poder Executivo federal, o Programa de Desligamento Voluntário, a jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional e a licença sem remuneração com pagamento de incentivo em pecúnia, destinados ao servidor da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv792.htm>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. “Da Administração Pública Burocrática à Gerencial”. Revista do Serviço Público, v. 47, n. 1, jan./abr. 1996. Disponível em:

<<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

CAMÕES, Marizaura Reis de Souza; FONSECA, Diogo Ribeiro da. “Dimensões político-estruturais do desenvolvimento de servidores no governo federal brasileiro: avanços e desafios”. XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Quito, Ecuador, 11 – 14 nov. 2014.

CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa; LOTTA, Gabriela Spanghero (org.). Burocracia de médio escalão: perfil, trajetória e atuação. Brasília: ENAP, 2015.

CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GOLDSMITH, Stephen; EGGERS, William D. Governar em rede: o novo formato do setor público. Brasília/São Paulo: ENAP/Unesp, 2006.

LOTTA, Gabriela Spanghero; PIRES, Roberto Rocha Coelho; OLIVEIRA, Vanessa Elias. “Burocratas de médio escalão: novos olhares sobre velhos atores da produção de políticas públicas”. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 65, n. 4, p. 463-492, out/dez 2014.

NARDES, João Augusto Ribeiro. “A Contribuição do TCU para a Governança e o Desenvolvimento”. Disponível em: <<http://www.gestaopublicaeficiente.com.br>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. Governança Pública: o desafio do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. “Avaliação da Gestão de Recursos Humanos no Governo - Relatório da OCDE - BRASIL, 2010”. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

SANTOS, Aleksandra Pereira dos; CODES, Ana Luiza Machado de. “A carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental: evolução e impacto no Estado brasileiro”. XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Quito, Ecuador, 11 – 14 nov. 2014.

O DECRETO FEDERAL Nº 8.420/15 E A METODOLOGIA DE CÁLCULO PARA FIXAÇÃO DA MULTA

FEDERAL DECREE Nº 8.420 / 15 AND THE METHODOLOGY OF CALCULATION FOR FIXING THE FINE

Cristiana Fortini¹⁴⁹

Laís Rocha Salgado¹⁵⁰

RESUMO: A análise da metodologia de cálculo utilizado para a fixação da multa imposta pela Lei Anticorrupção Empresarial é o tema posto em debate pelas autoras.

PALAVRAS-CHAVES: Lei Anticorrupção; Responsabilidade; Sanções; Multa; Cálculo.

ABSTRACT: The analysis of the methodology of calculation used to fix the fine imposed by the Anti - Corruption Business Law is the subject discussed by the authors.

KEYWORDS: Anti-Corruption Law; Responsibility; Sanctions; Traffic ticket; Calculation.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial (LAE), impõe responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas que praticarem os atos infracionais descritos no art. 5º,^[1] sendo que as sanções administrativas descritas no art. 6º^[2] constituem *multa e publicação extraordinária da decisão condenatória*.

Nota-se que o rol das condutas descritas é taxativo, uma vez que o *caput* do art. 5º traz a expressão “assim definidos”. No que concerne às balizas para aplicação das sanções, a Lei Nacional nº 12.846/13 adota critérios pouco objetivos para fixação da penalidade pecuniária. Assim, foi conferida aos demais entes federados a competência para descer aos pormenores da lei, regulamentando-a com o escopo de viabilizar a aplicação das sanções.

Tal opção legislativa não é isenta de críticas, pois não haveria, inicialmente, justificativa constitucional para que se deixasse tais critérios sob competência dos demais entes federados. Isso porque União, Estados, Municípios e Distrito Federal estabelecerão à sua maneira balizas necessárias à aplicação das penalidades, quando na realidade a lei, que se pretende de larga abrangência, inclusive

¹⁴⁹ Doutorado/Estágio Senior (bolsa Capes) na George Washington University (2015). Professora da graduação, mestrado e doutorado (corpo permanente) na Faculdade de Direito da UFMG. Professora do mestrado (corpo permanente) da Faculdade de Direito Milton Campos.

¹⁵⁰ Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais

internacional, não adota critérios padronizados para aplicação das sanções dentro de seus próprios limites nacionais.

A distribuição de competência, tal como estabelecida, pode ser um gatilho para a corrupção. Na hipótese de alguns entes federados não elaborarem seus respectivos decretos, ou simplesmente repisarem a LAE, será conferida uma enorme discricionariedade aos agentes públicos, o que acarretará insegurança jurídica aos administrados e, conseqüentemente, indesejável judicialização da matéria, dificultando a aplicação rápida e eficiente da legislação.

A base de cálculo para aplicação da multa é aferida pelo faturamento bruto da entidade referente ao ano anterior à instauração do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), excluídos os tributos, podendo variar à proporção de duzentas vezes: entre 0,1% (zero vírgula um por cento) e 20% (vinte por cento). Não sendo possível aplicar a penalidade com base no faturamento, o valor fixado pode oscilar 1000 (mil) vezes, variando entre R\$6.000,00 (seis mil) e R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).^[3]

O art. 7º da Lei nº 12.846/13 estabelece que serão considerados os seguintes critérios para a aplicação das sanções:

- I – a gravidade da infração;
- II – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III – a consumação ou não da infração;
- IV – o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V – o efeito negativo produzido pela infração;
- VI – a situação econômica do infrator;
- VII – a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;
- IX – o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados;^[4]

A leitura dos incisos evidencia que os critérios descritos são amplos e não socorrem a comissão julgadora na tarefa de estabelecer a penalidade que deverá ser imposta aos corruptores. Em razão do elevado grau de abstração, o art. 7º da LAE deverá ser necessariamente regulamentado pelos demais entes federados para viabilizar a aplicação das sanções, sem incorrer em *bis in idem*.

Assim, esse estudo se propõe a analisar como esses parâmetros foram trabalhados pela União por meio do Decreto Federal nº 8.420/15.

2. O DECRETO

O Decreto Federal nº 8.420/15 estabelece método próprio para o cálculo da multa com relação à base de cálculo legalmente estabelecida. Todavia, deixa a metodologia para apuração do faturamento bruto e tributos a serem decotados do faturamento a cargo do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União,^[5] atualmente o Ministro da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU). Certamente, o decreto deveria ter cuidado de toda a matéria referente ao cálculo da multa, pois deixá-lo a cargo do Ministro de Estado apenas dificulta a operacionalização da lei na medida em que a identificação do faturamento com exclusão dos tributos é o passo inicial para o cálculo da penalidade pecuniária.

A metodologia foi estabelecida pela CGU através da Instrução Normativa nº 1/2015,^[6] que determina a aferição com base de cálculo no Regulamento do Imposto de Renda ou pelo SIMPLES Nacional, quando se tratar de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Há casos, entretanto, que não será possível a aplicação referida da base de cálculo, como ocorre nas entidades sem fins lucrativos, ou pela ausência requisitos para apuração do faturamento no ano anterior à instauração do PAR. Para essas hipóteses, o art. 22 do decreto federal estabelece as seguintes alternativas:

Art. 22. Caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica no ano anterior ao da instauração ao PAR, os percentuais dos fatores indicados nos art. 17 e art. 18 incidirão:

I – sobre o valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, excluídos os tributos, no ano em que ocorreu o ato lesivo, no caso de a pessoa jurídica não ter tido faturamento no ano anterior ao da instauração ao PAR;

II – sobre o montante total de recursos recebidos pela pessoa jurídica sem fins lucrativos no ano em que ocorreu o ato lesivo; ou

III – nas demais hipóteses, sobre o faturamento anual estimável da pessoa jurídica, levando em consideração quaisquer informações sobre a sua situação econômica ou o estado de seus negócios, tais como patrimônio, capital social, número de empregados, contratos, dentre outras.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas no **caput**, o valor da multa será limitado entre R\$6.000,00 (seis mil reais) e R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).^[7]

Explorando o art. 7 da Lei nº 12.846/13, o decreto apresenta percentuais preestabelecidos, verificados os seguintes fatores: i) continuidade dos atos lesivos no tempo; ii) envolvimento do quadro diretivo a entidade; iii) interrupção da prestação dos serviços públicos ou obra; iv) capacidade financeira da entidade; v) reincidência; vi) valor do contrato; vii) consumação ou não da infração; viii) ressarcimento pelos danos; ix) colaboração investigação e apuração; x) comunicação espontânea do ilícito; xi) existência de programa de integridade. ^[8]

Cada requisito constatado comporá, então, a soma ou diminuição final, cujo total apurado definirá multa aplicada. Todavia, o decreto não encerra totalmente a questão da fixação, pois alguns incisos permitem variação de percentual, conforme será demonstrado.

3. DAS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES

Ao tratar sobre “Gravidade da Infração” o decreto não especifica o que seria compreendido como infração baixa, média, grave ou gravíssima. O termo nem sequer é encontrado no regulamento.

Contudo, é razoável supor que a conduta *afastar licitante* é mais grave do que *procurar afastá-lo*, assim como *dar vantagem indevida* é mais grave do que apenas *oferecê-la*. Entretanto não há qualquer indicação objetiva do *quantum* a ser majorado na penalidade em razão dessa gravidade.

Assim, ainda que o regulamento não tenha posto tal gradação, é possível identificar o critério nos artigos 17 e 18. Toma-se como exemplo os incisos I, IV e V, art. 7º da Lei nº 12.846/13, respectivamente: gravidade da infração; grau de lesão ou perigo de lesão; efeito negativo produzido pela infração.

Inicialmente, poder-se-ia considerar que tais fatores constituem vieses de uma mesma ação, porquanto um único ato poderá ser grave, e em razão de sua gravidade elevada, desencadear uma lesão igualmente elevada, cuja consequência produzirá o efeito negativo. No mesmo sentido, as condutas *procurar afastar licitante* e *afastar licitante* são infrações de gravidade distintas e embora ambas afrontem o caráter competitivo do certame não poderão ser igualmente sancionadas. O critério da gravidade da infração poderá ser verificado pela aplicação dos demais incisos do art. 17, servindo como norte para fixação dos percentuais, tal qual o princípio da proporcionalidade, sempre em atenção ao art. 6º, §1º, da LAE. ^[9]

Dessa forma, considerando que o tipo infracional administrativo não está posto como no Direito Penal, em que para cada conduta há pena delimitada, com um *quantum* máximo e mínimo preestabelecido, entende-se que deverão ser tomados como base para aplicação da sanção os demais aspectos comentados a seguir.

O decreto federal estabelece que ao se verificar a continuidade dos atos lesivos no tempo, será computado para o cálculo da multa o montante correspondente à variação de 1% (um por cento) e 2,5% (dois e meio por cento) da base de cálculo.^[10]

Assim, necessária a multiplicidade de atos ilícitos, pelo que a prática de ato isolado não poderá ensejar a causa de majoração prevista no inciso citado. É importante não confundir a sucessão de atos no decurso do tempo com a duração dos contratos administrativos. O ato ilícito havido apenas no momento da contratação constitui ato único cujos efeitos se protraem no tempo, porquanto meio para obtenção do contrato. O contrário ocorre quando o ato ilícito é reiterado e continuamente praticado durante toda a vigência contratual ou sistemático para assegurar diversas contratações. Desse modo, a comissão julgadora será a encarregada de fixar a percentagem aplicável ao lapso temporal, em consonância com os casos concretos.

A continuidade dos atos ilícitos no tempo pode, ou não, implicar maior lesão ou perigo de lesão. Ao comentar o grau da lesão ou perigo da lesão, José Anacleto Abduch Santos pondera:

O prejuízo objetivo que a infração produz para o bem jurídico tutelado é também fator eleito como circunstância agravante ou atenuante. Não se confundem infração e lesão. Esta é resultado da conduta infracional, aquela, comportamento que realiza ou tenta realizar o tipo penal administrativo. A lesão de que trata a lei não é apenas patrimonial, mas também jurídica ou moral. Qualquer conduta que se subsuma a um dos tipos do art. 5º prazos, *prima facie*, lesão a valor jurídico tutelado pela norma, a mera existência de fenômeno da corrupção, por si só, já produz prejuízos sociais imensuráveis, por decorrência, o mero cometimento da infração já produz a lesão a valor juridicamente tutelado. Assim, ultimadas ou tentadas as condutas delituosas é de se presumir que a lesão ao interesse público, o que deve ensejar a aplicação de alguma sanção, como acima dito, o que se indagará a respeito da pena, é da intensidade ou potencialidade desta lesão.^{[11] [12]}

Ao regulamentar a matéria, porém, o Poder Executivo Federal não deixou margem para que tamanha abstração pudesse ser valorada. Ao revés, uniu efeito negativo e grau de lesão em um único inciso, elegendo duas situações a serem consideradas como causa agravante da multa: (i) interrupção no fornecimento de serviços públicos; (ii) paralisação na execução de obra pública.^[13] Nesse espectro, a

intensidade do efeito negativo deverá servir para nortear a fixação do percentual estipulado pelo regulamento em atenção ao caso concreto. Assim, imaginando uma situação hipotética em que o ato ilícito deu causa a paralisação de transporte público, impor-se-ia a aplicação do inciso III do art. 17 do Regulamento Federal, pelo que a extensão do efeito serviria para fixação do percentual, que deverá ser entre 1% e 4% da base de cálculo.

Entretanto, caso a entidade opte por minimizar os efeitos negativos, o regulamento estabelece que, em havendo comprovação do ressarcimento do dano causado à Administração, trata-se de fator de redução da multa^[14] em 1% (um por cento) e 1,5% (um e meio por cento) do faturamento.

Esse tema será mais bem trabalhado em item posterior, acerca das circunstâncias atenuantes.

No que concerne ao valor dos contratos, o percentual incidente sobre a base de cálculo aumenta de acordo com o valor da contratação nos seguintes termos:

VI – no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais:

- a) um por cento em contratos acima de R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- b) dois por cento em contratos acima de R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais);
- c) três por cento em contratos acima de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);
- d) quatro por cento em contratos acima de R\$250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais); e
- e) cinco por cento em contratos acima de R\$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

Nesse caso, houve a opção por penalizar em maior medida as fraudes havidas nas grandes contratações, tratando-se de critério objetivo, pois aumento estipulado independe da reprovabilidade da conduta infracional, ou efeito negativo, não sendo necessária a verificação de quaisquer outras causas de aumento para sua incidência.

A situação econômica do infrator será apurada com base no Índice de Solvência Geral (SG) e de Liquidez Geral (LG). Sempre que índices contábeis, obtidos

com base na análise do no último exercício anterior à ocorrência do ato lesivo, forem superiores a *um*, aumentar-se-á a multa em 1% (um por cento) da base de cálculo.^[15]

Nota-se que houve a opção por penalizar em maior medida a entidade economicamente sadia, ou seja, aplicando maior multa àquele infrator que possui maior capacidade econômica para suportá-la, e consequentemente não sobrecarregar aquele que não a possui. O inciso é desdobramento do princípio da proporcionalidade e regulamenta diretamente o comando legal, porquanto o art. 7º, VI, da LAE prevê que *a situação econômica do infrator*^[16] será considerada para aplicação das sanções.

É preciso considerar que de nada adianta aplicar pena elevada que esteja em dissonância com a realidade econômica da empresa, razão pela qual acertada a adoção de padrão contábil objetivo. Dessa maneira, evita-se que a penalidade seja concretamente inaplicável, acabando por imputar à entidade sanção incompatível com a sua permanência no mercado, acarretando, então, por via transversa, sua dissolução – equiparável a uma desproporcional “pena de morte” da empresa.

Havendo tolerância ou ciência de pessoas integrantes do corpo diretivo ou gerencial da entidade, acrescer-se-á entre 1% (um por cento) a 2,5% (dois e meio por cento) do faturamento, o percentual aumenta conforme o grau de comprometimento do quadro diretivo, segundo será trabalhado adiante.

A maior causa de aumento refere-se à situação de reincidência, assim definida pelo Decreto:

Art. 17, V – cinco por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior;^[17]

Ao conceituar a reincidência, o decreto não faz qualquer menção ao ente aplicador da sanção, o que impõe o seguinte questionamento: a entidade já punida por outro ente federado poderá ser considerada reincidente quando processada pela União? A pergunta é de difícil resposta, merecendo inclusive estudo específico, pois a reincidência nem sequer está prevista na Lei nº 12.846/13.

Imaginemos a seguinte situação hipotética: é instaurado PAR em face de determinada entidade com posterior condenação e publicação da decisão, a entidade, então, recorre ao Judiciário para anular o processo administrativo alegando cerceamento de defesa. Pendente o trânsito em julgado, é novamente notificada para

responder ao PAR, por ato posterior, ocorrido após publicação da primeira condenação administrativa. Certamente, a Administração computará a reincidência para agravamento da nova multa, o que obrigará a entidade a novamente recorrer ao Poder Judiciário.

As polêmicas decorrentes da aplicação da reincidência podem torná-la de difícil verificação, neutralizando a mais rigorosa causa de aumento, patamar fixo de 5% (cinco por cento), prevista no Decreto nº 8.420/15.

Verificadas as causas atenuantes previstas no art. 17, a comissão deverá seguir para verificação das atenuantes, estabelecidas no art. 18 do Decreto nº 8.420/15.

4 DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES

a) Da consumação ou não da infração

O decreto federal dispõe que a não consumação da infração é causa de redução da multa, devendo ser subtraído da somatória encontrada no art. 17 o montante correspondente a 1% (um por cento) da base de cálculo.^[18]

Entretanto, a leitura conjugada do inciso com o rol taxativo disposto no art. 5º da Lei nº 12.846/13 levanta questão sobre a admissibilidade do ato ilícito administrativo tentado. Isso porque o legislador elencou situações em que a simples prática do ato já configura o ilícito, ainda que os efeitos desejados não fossem produzidos. Nesses casos, simples atos como: (i) prometer ou oferecer vantagem indevida, (ii) procurar afastar licitante, (iii) criar pessoa jurídica para que de modo fraudulento participe do certame, já constituem o ato ilícito consumado pela mera conduta. Isto é, não exigem, por exemplo, que a vantagem seja efetivamente aceita (i); ou que o licitante efetivamente seja afastado (ii); ou mesmo que a pessoa jurídica fraudulenta desvirtue o certame (iii).

Desse modo, cabe aqui a diferenciação feita pelo Direito Penal entre consumação, exaurimento e tentativa. Ao pensar numa linha do tempo de um fato criminoso (*iter criminis*) que demanda mais de um ato para sua consumação, tem-se que, nessa sequência, se a execução é iniciada e a conduta pretendida é interrompida por motivos alheios à vontade do agente, configura-se crime tentado. Portanto, o crime

tentado merece uma reprimenda menor justamente por não ter alcançado o resultado pretendido. O exaurimento, por sua vez, é justamente momento posterior à consumação, isto é, quando a conduta prevista no tipo já foi inteiramente praticada, mas acrescida por um outro resultado (um *plus*) que nem mesmo seria necessário para sua configuração, mas pode representar uma maior reprovação por ter alcançado esse estágio avançado.

Transpondo tal raciocínio para o âmbito do Direito Administrativo, percebe-se que o termo “consumação”, previsto tanto na Lei nº 12.846/13 quanto no Decreto Federal nº 8420/15, deve ser interpretado, em verdade, como o *exaurimento* da conduta, uma vez que representa a produção dos efeitos desejados – mas que não era necessária para a configuração do ilícito administrativo, pois este já se perfaz e se satisfaz com a mera conduta dos atos infracionais descritos na norma.

É dizer, praticado o ato pelo corruptor, ainda que não tenha produzido os efeitos desejados, impõe-se a sanção. No entanto, para a aplicação da redução do percentual estabelecido no decreto, é importante não ter ocorrido o *exaurimento* (equivocadamente disposto na lei como “consumação”), que é momento posterior, ou seja, correspondente ao infrator não ter aproveitado os efeitos pretendidos.

Soma-se a isso o fato de que inexistente no ordenamento pátrio a figura dos atos administrativos tentados – a menos que a legislação expressamente assim estabeleça. Ausente determinação legal, para que seja aplicada sanção administrativa é essencial que o ato praticado esteja descrito em lei, independentemente do exaurimento, mas preveja que a mera conduta constitui ilícito administrativo, tanto em razão do bem jurídico tutelado exposto ao risco, quanto pelo desvalor da ação do agente.

b) Da reparação integral do dano

A Lei nº 12.846/13 determina em seu art. 6º, §3º,^[19] que a aplicação das sanções administrativas não exclui a reparação integral do dano causado. Ou seja, a apuração do dano é independente da aplicação da multa^[20] e não integra parte da sanção. Por essa razão, a instauração de processo administrativo específico para obtenção da reparação não elide a aplicação imediata das sanções.^[21] Também por

essa razão, havendo divergências acerca da dimensão do dano, instaurar-se-á processo em apartado. Uma vez quantificado, o montante apurado será inscrito em dívida ativa. A opção legislativa é criticável no aspecto de que a Administração Pública, parte lesada, não só investiga, mas conduz o processo administrativo, condena, e, na busca pela reparação civil, constitui o crédito em seu favor na forma de título executivo judicial.

Não obstante a possibilidade de condução apartada dos processos, o decreto federal estabelece que o ressarcimento integral é hipótese de redução da penalidade pecuniária em 1,5% (um e meio por cento) da base de cálculo.^[22] Nesse caso, o ressarcimento deverá ser espontâneo a fim de que a circunstância atenuante possa ser decotada.

Ainda assim aferir a extensão do dano não será tarefa simples, pois sua natureza poderá ser mais do que apenas monetária. Caberá, nesse caso, a atuação conjunta das partes para sua quantificação, sendo importante analisar a cooperação em consonância outras causas de redução das penalidades.

c) Do programa de integridade, cooperação e acordo de leniência

O decreto federal determina que, havendo comunicação espontânea pela entidade acerca do ato lesivo, será subtraída da somatória encontrada no art. 17 a porcentagem de 2% (dois por cento) do faturamento da entidade.^[23] Trata-se de parâmetro fixo que não comporta valoração e depende da pura e simples comunicação, pelo que o decreto conferiu inquestionável estímulo à denúncia.

Para além da denúncia, a colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência,^[24] constitui fator de redução entre de 1% (um por cento) a 1,5% (um e meio por cento) do faturamento, a variar de acordo com o grau de cooperação.

Observa-se que há amplo estímulo à pessoa jurídica para que colabore com a Administração. A intenção aqui foi incentivar a denúncia apartada da investigação, separando-as em dois momentos privilegiando a cooperação em todas as etapas. Não fosse assim, a entidade apenas denunciaria, obtendo significativa redução da multa, mas em nada teria de colaborar, na outra hipótese não denunciaria, mas uma vez instaurado o processo administrativo, optaria por colaborar com as investigações.

O decreto federal dedicou capítulo especial à regulamentação do programa de integridade, popularmente conhecido por *compliance*, cuja verificação poderá reduzir o valor da multa aplicável de 1% (um por cento) a 4% (quatro por cento) do faturamento da pessoa jurídica, nos termos da base de cálculo.

Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.^[25]

Assim, estabelece minuciosamente os requisitos necessários à avaliação do programa, cuja verificação será necessária à estipulação do percentual da redução da multa.^[26]

A existência de efetivo *compliance* assume real importância na órbita federal, uma vez que tal instrumento impedirá que a pessoa jurídica incorra em demais causas de aumento da multa, como reincidência e tolerância de pessoas integrantes do quadro diretivo, respectivamente dispostos nos incisos II e V do art. 17 do Decreto Federal nº 8.240/2015.^[27]

O raciocínio se faz no sentido de que a reincidência é claro indício de que o programa adotado não é efetivo, sendo que, nesse caso, o decreto impõe o aumento de 5% (cinco por cento) sobre o faturamento bruto para o cálculo da multa. Nesse aspecto, o Regulamento Federal foi rigoroso, aplicando o maior percentual fixado entre as causas de aumento previstas no art. 17.

A participação de pessoas do quadro diretivo também é causa de aumento da multa, pois não é crível que a entidade detenha programa de integridade efetivo quando há o envolvimento do alto escalão nos atos lesivos. Aliás, o grau de comprometimento do corpo gerencial poderá fulminar possível redução, pois demonstra que a corrupção é política institucional da entidade.

A Lei nº 12.846/13 prevê também que o acordo de leniência^[28] poderá reduzir até 2/3 (dois terços) da multa aplicada,^[29] podendo, nesses casos, ser inferior ao limite mínimo previsto no art. 6º da LAE: seis mil reais ou 0,1% da base de cálculo. Entretanto, havendo descumprimento do acordo pela entidade colaboradora, retornará o valor integral encontrado antes da redução, descontando-se as frações da multa eventualmente já pagas.^[30]

É importante observar que o decreto federal não fala em desconto dos valores adimplidos, mas das frações, isso porque se entidade já pagou a integralidade da multa reduzida a um terço, mas descumpre o acordo, a fração remanescente deverá ser cobrada em sua integralidade.

Os requisitos para a celebração do acordo estão disciplinados no art. 16 da Lei nº 12.846/13, reproduzidos no art. 30^[31] do regulamento. A leitura conjugada dos dispositivos demonstra não ser necessária a espontaneidade da comunicação dos atos infracionais, mas sim que a entidade seja a primeira a comunicar seu interesse em celebrar o acordo, bem como efetivamente colaborar com as investigações, o que também é circunstância atenuante para aplicação da multa.

Para além da redução da multa, o acordo poderá abarcar as sanções previstas na Lei nº 8.666/93, quando os fatos praticados também constituírem infrações previstas no âmbito da Lei Geral de Licitações – destacando apenas que o acordo não tem o condão de eximir a reparação integral do dano.

5 A VANTAGEM AUFERIDA OU PRETENDIDA PELO INFRATOR

A vantagem que se busca é o motivador da conduta ilícita, a razão pela qual se praticou o ato infracional, pois não seria razoável supor que o ato corrupto tenha fim em si mesmo, sendo certo que aquele que pratica a corrupção o faz perseguindo alguma vantagem. O termo, entretanto, não encerra uma definição precisa, pois a lei não deixa claro qual será sua natureza e tampouco a limita ao cunho pecuniário.

No âmbito das licitações, não se deve confundir a vantagem com o valor dos contratos. Assim, poder-se-ia pensar atestados^[32] obtidos em razão da execução de obras de engenharia, uma vez que essas são dotadas de valor econômico, isso porque quanto mais atestados a entidade possui, melhor será sua qualificação técnica. Ou seja, as certificações obtidas pela execução dos contratos públicos podem ser compreendidas como vantagens auferidas em licitações.

Há diversas maneiras de se obter vantagem econômica que não pela transferência monetária. É o caso da subvenção a eventos tais como congressos e palestras, viagens e jantares que o agente infrator promove para garantir proximidade e relacionamento com o agente público com o escopo de divulgar sua imagem enquanto detentor de prestígio perante órgãos e agentes da Administração.^[33]

A vantagem auferida é aquela efetivamente recebida, gozada, pela entidade, e, embora a lei não diga, conclui-se que esta se aplica aos atos exauridos, enquanto a vantagem pretendida se dá nos casos em que a conduta, embora praticada, não teve o exaurimento pretendido pelo agente, conforme já comentado.

O art. 20 do regulamento federal a utiliza como critério balizador, tanto para o limite máximo da multa, quanto para o limite mínimo, exceto nos casos em que a estimativa não puder ser realizada.

Art. 20. A existência e quantificação dos fatores previstos nos art. 17 e art. 18, deverá ser apurada no PAR e evidenciada no relatório final da comissão, o qual também conterá a estimativa, sempre que possível, dos valores da vantagem auferida e da pretendida.

§1º Em qualquer hipótese, o valor final da multa terá como limite:

I – mínimo, o maior valor entre o da vantagem auferida e o previsto no art. 19; e

II – máximo, o menor valor entre:

a) vinte por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou

b) três vezes o valor da vantagem pretendida ou auferida.

§2º O valor da vantagem auferida ou pretendida equivale aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida prometida ou dada a agente público ou a terceiros a ele relacionados.

§3º Para fins do cálculo do valor de que trata o §2º, serão deduzidos custos e despesas legítimos comprovadamente executados ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido.

Nos casos em que a somatória dos incisos do art. 17 e 18 for menor ou igual a zero, o limite mínimo da multa corresponderá à *vantagem* auferida, ou ao patamar legal mínimo (0,1% do faturamento bruto ou R\$6.000,00).^[34] Já o limite máximo será o menor valor entre 20% (vinte por cento) do faturamento bruto,^[35] ou três vezes o valor da *vantagem auferida ou pretendida*. Lembrando que o limite mínimo não menciona a vantagem pretendida como piso, mas apenas a efetivamente auferida, o que parece ter havido descuido na redação.

Os mencionados incisos do §1º são de aplicação simultânea, pois a redação do art. 20 estabelece que esse será o limite da multa “em qualquer hipótese”. Dessa forma, o limite mínimo será sempre aplicado, e não apenas aos casos previstos no

art. 19,^[36] quando a soma dos percentuais estabelecidos nos artigos 17 e 18 for igual a zero.

Haverá, contudo, situações em que os limites trabalhados pelo do art. 20 compõem um intervalo impossível. Basta pensar na hipótese em que 20% (vinte por cento) do faturamento bruto seja menor do que a vantagem auferida. Nessa ocasião, percebe-se que o limite máximo estipulado é menor do que o limite mínimo.

A solução se dará à luz da Lei nº 12.846/13, buscando compreender o desiderato da norma, lembrado que o decreto é regulamentação que se insere na moldura legal.

O art. 6º, I, da LAE estabelece que a multa compreenderá o intervalo de 0,1% a 20% do faturamento, mas *nunca será inferior à vantagem auferida*, quando possível sua estimação. De tal modo, ocorrendo confronto entre os incisos do §1º, art. 20 do regulamento federal, a solução será dada pela Lei nº 12.846/13, na medida em que o inciso II estaria aquém dos ditames legais.^[37]

Estabelecidos os limites, o decreto explica, embora sem a clareza desejada, o que se compreende por vantagem auferida ou pretendida. Equivaleria aos ganhos obtidos ou pretendidos que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo, somado ao valor indevidamente ofertado ou pago ao agente público. Inseriu-se, aqui, o valor da propina para o cálculo da vantagem auferida, embora, na realidade, essa vantagem tenha se destinado ao agente público, e não gozada pela entidade. Todavia, certo é que sem o pagamento indevido, o corruptor nada obteria.

Em seguida, determina-se a exclusão dos valores legitimamente despendidos em favor da administração, o que indica que a aferição da vantagem será, na prática, ponto nevrálgico do PAR. Ao pensar nas contratações públicas, é razoável supor que o particular despendeu recursos em favor da Administração, tais como despesas com o pessoal, insumos e maquinário. A identificação dos valores efetivamente despendidos demandará auditoria do serviço e da obra, de forma extirpar não apenas o superfaturamento, mas todo e qualquer benefício havido pela entidade por meio da contratação.

6. CONCLUSÃO

O Decreto nº 8.420/15 estipula balizas mais precisas a serem observadas pela comissão processante, mas há que se ter em mente que a aplicação prática ainda será dificultosa, principalmente se considerarmos a cultura brasileira arraigada ao Judiciário.

O relatório a ser apresentado deverá ser criteriosamente elaborado, valorando cada causa de aumento e redução de maneira a proporcionar maior transparência possível ao procedimento administrativo e assim reduzir os riscos de questionamento.

A inafastabilidade do controle jurisdicional, somada ao fácil acesso ao Poder Judiciário leva ao amplo questionamento de sanções impostas pela Administração, muitas vezes em lides temerárias de cunho eminentemente protelatório. A boa atuação da Administração, por meio de procedimento transparente, e escoreito, é importante para reduzir demandas dessa natureza, fortalecendo as instituições e órgãos de controle, no caso, a Controladoria-Geral da União.

A análise da regulamentação federal demonstra significativos avanços, cabendo à prática administrativa se encarregar de produzir melhoras na definição de critérios, dada a discricionariedade que remanesce por conceitos ainda indefinidos.

[1] “Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV – no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.”

[2] “Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I – multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II – publicação extraordinária da decisão condenatória.”

[3] Lei Federal nº. 12.846/13, art. 6º, “§4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$6.000,00 (seis mil reais) a R\$60.000.000,00.” (BRASIL. Lei n. 12846, de 1º de agosto de 2013. *Diário Oficial da União*. Brasília, 02.08.2013).

[4] Lei nº 12.846/13.

[5] “Art. 21. Ato do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União fixará metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013.

Parágrafo único. Os valores de que trata o **caput** poderão ser apurados, entre outras formas, por meio de:

I – compartilhamento de informações tributárias, na forma do inciso II do §1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; e

II – registros contábeis produzidos ou publicados pela pessoa jurídica acusada, no país ou no estrangeiro. (BRASIL. Lei n. 12846, de 1º de agosto de 2013. *Diário Oficial da União*. Brasília, 02.08.2013).”

[6] BRASIL. Controladoria Geral da União. Instrução Normativa nº 1, de 7 de abril de 2015. “Estabelece metodologia para apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o art. 6 da Lei nº 12.846 de primeiro de agosto de 2013.”

[7] UNIÃO. Decreto nº 8.240/15, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.

[8] *Idem*. “Art. 17. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

I – um por cento a dois e meio por cento havendo continuidade dos atos lesivos no tempo;

II – um por cento a dois e meio por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;

III – um por cento a quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada;

IV – um por cento para a situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral – SG e de Liquidez Geral – LG superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo;

V – cinco por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e

VI – no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais:

a) um por cento em contratos acima de R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

b) dois por cento em contratos acima de R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais);

c) três por cento em contratos acima de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);

d) quatro por cento em contratos acima de R\$250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais); e

e) cinco por cento em contratos acima de R\$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

I – um por cento no caso de não consumação da infração;

II – um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;

III – um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;

IV – dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e

V – um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.”

[9] “Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.”

[10] Decreto Federal nº. 8.420/15 – “Art. 17. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos: I – um por cento a dois e meio por cento havendo continuidade dos atos lesivos no tempo”.

[11] SANTOS, José Anacleto Abduch. *Comentários à Lei 12.846/2013: lei anticorrupção*, p. 229-230, 2015.

[12] O autor considera a existência do ilícito na forma tentada, o que será objeto de discussão mais adiante.

[13] Decreto Federal nº 8.429/15 “Art. 17. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

III – um por cento a quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada;”

[14] Decreto Federal nº 8.420/2015, Art. 18, “II – um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;”.

[15] Decreto Federal nº 8.420/2015: art. 17, “V – um por cento para a situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral – SG e de Liquidez Geral – LG superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo”.

[16] BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. *Diário Oficial da União*. Brasília, 02.08.2013.

[17] BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. *Diário Oficial da União*. Brasília, 02.08.2013.

[18] Decreto Federal nº 8.420/15, “Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos: I – um por cento no caso de não consumação da infração;”.

[19] “§3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.”

[20] Atente-se que em nenhum momento a “reparação integral do dano” foi classificada pelo legislador como espécie de sanção. No âmbito da responsabilização administrativa pretendeu-se deixar claro que aplicação das demais sanções não exclui a obrigação de reparar o dano; já no âmbito da responsabilização judicial, a obrigação de reparação integral do dano foi inscrita como o art. 91, I do CP.

De fato, a obrigação de indenizar os danos não representa sanção ou punição, mas medida de responsabilidade civil decorrente do brocardo latino *neminem laedere* (não causar mal a outrem), cuja inobservância implica na necessidade de repor o *status quo ante*.

Reafirmar a natureza não sancionatória da reparação já é esforço que a doutrina nacional vem desenvolvendo, especialmente diante da redação do art. 12 da Lei 8.429/92, que prevê como sanção da prática do ato de improbidade a reparação integral do dano. A principal consequência desse entendimento é que, além de ser imprescritível por expressa determinação constitucional (art. 37, §5º, da CF), será absolutamente viável a transferência, aos sucessores do condenado, da responsabilidade patrimonial pela obrigação de reparar os danos causados ao erário, na forma expressamente autorizada pelo art. 5º, XLV da CF.

Será de todo conveniente que ao longo do processo administrativo instaurado para apurar a prática de atos lesivos, a comissão responsável destine especial atenção à adoção de medidas necessárias à identificação e quantificação do dano causado ao erário, de modo que seja possível, já ao fim do processo, cobrar esse valor da pessoa dos responsáveis, que responderão solidariamente. (SOUZA, Jorge Munhós, Responsabilização administrativa na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coord.) *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 131/178).

[21] Lei nº 12.846/13: “Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública. (BRASIL. Lei n. 12846, de 1º de agosto de 2013. *Diário Oficial da União*. Brasília, 02.08.2013).”

[22] UNIÃO. Decreto nº 8.420/15. “Art. 18 II – um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;”.

[23] UNIÃO. Decreto nº 8.420/15. “Art. 18 IV – dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo;”.

[24] UNIÃO. Decreto nº 8.420/15. “III – um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência”.

[25] Decreto Federal nº 8.420/2015 “Art. 41, Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade”.

[26] Decreto Federal nº 8.420/2015, “Art. 42. Para fins do disposto no §4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III – padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV – treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI – registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII – controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;

VIII – procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X – canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;

XI – medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV – verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV – monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e

XVI – transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

§1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como:

I – a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;

II – a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;

III – a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais;

IV – o setor do mercado em que atua;

V – os países em que atua, direta ou indiretamente;

VI – o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;

VII – a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e

VIII – o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o **caput**.

§3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do **caput**.

§4º Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata este Capítulo.

§5º A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o §3º poderá ser objeto de regulamentação por ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União”.

[27] Decreto Federal nº. 8.420/15, art. 17, “II – um por cento a dois e meio por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;

V – cinco por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e”.

[28] Acordos de leniência são acordos celebrados entre o Poder Público e um agente envolvido em uma infração, com vista à sua colaboração na obtenção de informações, em especial sobre outros partícipes e autores, com a apresentação de provas materiais de autoria, tendo por contrapartida a liberação ou a diminuição das penalidades que seriam a ele impostas com base nos mesmos fatos. Considerado por alguns como instrumento imoral e por outros como instrumento de consensualidade, eles têm a sua origem nos Estados Unidos na década de 1970. Trata-se de um instrumento voltado à viabilização das investigações de determinados tipos de ilícitos, no âmbito concorrencial, econômico e, mais recentemente, de combate à corrupção, mediante a criação de incentivos à delação voluntária, notadamente a redução das penalidades que seriam impostas ao delator, na esfera administrativa e/ou criminal caso as informações prestadas sejam úteis à investigação. (p. 254-255)

[29] “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

§2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.”

[30] Art. 23.

[31] “Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá:

I – ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante;

II – ter cessado completamente seu envolvimento no ato lesivo a partir da data da propositura do acordo;

III – admitir sua participação na infração administrativa;

IV – cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento; e

V – fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa.

§1º O acordo de leniência de que trata o caput será proposto pela pessoa jurídica, por seus representantes, na forma de seu estatuto ou contrato social, ou por meio de procurador com poderes específicos para tal ato, observado o disposto no art. 26 da Lei nº 12.846, de 2013.

§2º A proposta do acordo de leniência poderá ser feita até a conclusão do relatório a ser elaborado no PAR.”

[32] Lei Federal nº 8.666/93 “Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

§1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;”

[33] Essa prática é muito criticada na legislação norte-americana.

[34] Decreto Federal nº 8.420/15 “Art. 19. Na ausência de todos os fatores previstos nos art. 17 e art. 18 ou de resultado das operações de soma e subtração ser igual ou menor a zero, o valor da multa corresponderá, conforme o caso, a:

I – um décimo por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou

II – R\$6.000,00 (seis mil reais), na hipótese do art. 22”.

[35] Faturamento bruto lê-se: faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos.

[36] “Art. 19. Na ausência de todos os fatores previstos nos art. 17 e art. 18 ou de resultado das operações de soma e subtração ser igual ou menor a zero, o valor da multa corresponderá, conforme o caso, a:

I – um décimo por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou

II – R\$6.000,00 (seis mil reais), na hipótese do art. 22”.

[37] Todavia, não sendo a possível estimar a *vantagem*, o limite será entre 0,1% e 20% do faturamento bruto excluído os tributos ou R\$6.000,00 e R\$60.000.000,00.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Frederico Nunes de (Coord.). *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Decreto nº 8.240/15, de 18 de março de 2015. *Diário Oficial da União*. Brasília, 19.03.2015.

BRASIL. Lei nº 12846, de 1º de agosto de 2013. *Diário Oficial da União*. Brasília, 02.08.2013.

BRASIL. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*. Brasília, 22.06.1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 1. p. 95.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. VIEIRA, Ariana Shermam Moraes. Lei anticorrupção empresarial: os riscos de sua regulamentação e implementação. In: REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord). *O direito entre a esfera pública e a autonomia privada: transformações do direito público no ambiente democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. v 2, p. 161-184.

FORTINI, Cristiana. *Mecanismo de controle interno e sua matriz constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. v. 01.

GRECO, Rogério; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. A nova Lei Anticorrupção Empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens

públicos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, p. 25-54, nov./dez. 2014.

NASCIMENTO, Melillo Denis do. *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SANTOS, J. Da responsabilização administrativa. In: SANTOS, J.; BERTONCINI, M.;

COSTÓDIO FILHO. U. *Comentários à Lei 12.846/2013: lei anticorrupção*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Coord.) *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015.

TILLPMAN, Jessica. Foreign Corrupt Practices Act Fundamentals. *Briefing Papers* (Thomson West), No. 08-10 (Sept. 2008) Disponível em: http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=faculty_publications Acessado em 11 de junho de 2017, às 14:01.

MICROEMPRESAS (ME) E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP) EM LICITAÇÕES: COMENTÁRIOS AOS MEIOS DISCRIMINATÓRIOS DA LC 123 E SUAS MODIFICAÇÕES RECENTES

MICROENTERPRISES AND SMALL BUSSINESS IN BIDS: COMMENTS ON THE DISCRIMINATORY MEANS OF LC 123 AND IT'S RECENT MODIFICATIONS

Thiago Marrara¹⁵¹

Paulo Victor Recchia¹⁵²

RESUMO: O artigo busca analisar os mecanismos discriminatórios para microempresas e empresas de pequeno porte em licitações trazidos pela lei complementar 123, conhecida como “Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresas de Pequeno Porte”. Com o intuito de fomentar tais empreendimentos, a lei traz uma série de benefícios a serem utilizados em certames licitatórios, os quais são analisados nesse artigo por uma perspectiva crítica quanto à aplicabilidade e compatibilidade com os objetivos pretendidos. Para a melhor compreensão desses institutos jurídicos, além da LC 123, estudou-se o decreto regulamentar no 8.538/2015, o qual detalha tais mecanismos discriminatórios.

PALAVRAS-CHAVES: Microempresas; Empresas de Pequeno Porte; licitações; mecanismos discriminatórios.

ABSTRACT: The article seeks to analyze the discriminatory mechanisms for microenterprises and small companies in bids brought by complementary law 123, known as "National Statute of Microenterprise and Small Enterprises." In order to foster such ventures, the law brings a series of benefits to be used in bidding competitions, which are analyzed in this article by a critical perspective on the applicability and compatibility with the intended objectives. To better understand these legal institutes, in addition to LC 123, the regulatory decree 8.538 / 2015 was studied, which details such discriminatory mechanisms.

KEYWORDS: Microenterprises; Small Business; bids; discriminatory mechanisms

1 INTRODUÇÃO

O desejo por dividendos move os empreendedores. Eis o que explica como o grande poder de aquisição de bens e serviços pelos Estados nacionais se revela capaz de modificar o mercado e direcioná-lo à solução de falhas ou à concretização

¹⁵¹ Professor Associado de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo (USP) na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Livre-docente pela USP. Doutor pela Universidade de Munique. Editor da Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA). Consultor jurídico. marrara@usp.br

¹⁵² Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Advogado

de políticas econômicas no sentido de promover, entre outras coisas, a justiça social. Percebendo isso, o legislador brasileiro, há algumas décadas, têm incrementado o número de dispositivos discriminatórios contidos na legislação regente das contratações estatais.

Em 2006, especificamente, editou-se o Estatuto da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP), diploma que inseriu no ordenamento jurídico um amplo conjunto de mecanismos de ação afirmativa em licitações públicas em benefício de agentes econômicos de menor porte. Com salientou Dias Toffoli no STF, “o tratamento diferenciado e favorecido se insere no contexto das políticas públicas que se prestam para dar concretude aos objetivos constitucionalmente previstos, pois, além de a lei complementar instituir um regime simplificado denominado, conforme seu art. 12, de Simples Nacional, também traz importantes regramentos diferenciados que as prestigiam e as discriminam positivamente, precipuamente no que toca às licitações públicas, às relações de trabalho, ao estímulo ao crédito, à capitalização e à inovação tecnológica, ao associativismo, às regras de inclusão, ao acesso à justiça, dentre outros benefícios” (trecho do RE 627.543).

Além de beneficiar as ME e as EPP, hoje, os mecanismos discriminatórios da LC 123 favorecem o agricultor familiar, o produtor rural pessoa física, o microempreendedor individual (MEI), assim como as sociedades cooperativas de consumo (Decreto Federal n. 8.538/2015).¹⁵³ Resta saber quais são e como funcionam esses instrumentos de tratamento diferenciado especificamente no campo das licitações. E mais: Como eles têm sido alterados pela legislação mais recente, sobretudo pela LC n. 147/2014? Em que medida as alterações recentes dão mais efetividade às ações afirmativas da LC n. 123/2006? Como elas resolveram antigos problemas desses institutos discriminatórios?

São essas as indagações gerais a nortear o presente estudo, que trata de um fenômeno recente a indicar as transformações da concepção e da função das contratações públicas. Para respondê-las, serão examinados inicialmente os mecanismos de contratação direta preferencial, de licitação exclusiva, de preferência de empresas locais, de empate ficto na fase de classificação das propostas, de regularização fiscal diferida, além da subcontratação e das cotas de contratação. A análise se baseará principalmente no Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (LC 123/2006 e alterações posteriores), bem como no Decreto Regulamentar n. 8.538, de 06 de outubro de 2015.

¹⁵³ Art. 13. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como: I - microempresa ou empresa de pequeno porte se dará nos termos do art. 3º, caput, incisos I e II, e § 4º da Lei Complementar nº 123, de 2006; II - agricultor familiar se dará nos termos da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006; III - produtor rural pessoa física se dará nos termos da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; IV - microempreendedor individual se dará nos termos do § 1º do art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 2006; e V - sociedade cooperativa se dará nos termos do art. 34 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, e do art. 4º da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

2 CONTRATAÇÃO DIRETA EXCLUSIVA POR DISPENSA DE BAIXO VALOR

Os mecanismos de favorecimento das ME e EPP previstos na LC 123/2006 perpassam todas as fases da contratação pública, desde a estratégica (de planejamento ou interna), passando pela externa (habilitação, classificação e julgamento) até a de execução contratual.

Na fase interna ou de planejamento, *grosso modo*, a Administração Pública mapeia e delimita sua necessidade contratual, delinea o objeto do contrato, realiza pesquisas de mercado e decide pela realização da licitação ou pelo emprego da contratação direta (não precedida de licitação).

A contratação direta ocorre em hipóteses de inexigibilidade ou de dispensa. Na inexigibilidade, conforme prescreve a lei geral, a licitação não se realizará por ser inviável a competição dos agentes econômicos pelo objeto licitado (art. 25, *caput* da Lei n. 8.666/1993). A inviabilidade não atinge a licitação propriamente dita, mas sim a competição. Esse fenômeno resulta de inúmeras razões, incluindo a existência de um monopólio (sob a perspectiva da oferta do bem ou serviço buscado pela Administração) ou de um monopsonio (sob a perspectiva da demanda ou do consumo do bem oferecido pelo Estado). A licitação deixa de se realizar por um dado ou motivo fático, de mercado, independentemente do porte das empresas.

Nesses casos de competição inviável e consequente contratação direta, a legislação brasileira não prevê qualquer tipo de mecanismo de favorecimento de ME e EPP. O fato de se tornar inexigível a licitação não gera para o ente estatal o dever de, na contratação, dar preferência às EPP ou ME e nem faria sentido que assim fosse, pois, se não há competição, a Administração só pode contratar aquele único agente capaz de atender o objeto singular do contrato em jogo.

Na dispensa, a situação é diversa. Não se realiza a licitação por uma opção do administrador público baseada em hipóteses previstas de modo taxativo na legislação geral. Em síntese, apesar das dezenas de hipóteses previstas em várias leis, a dispensa se realiza: 1) em virtude do reduzido valor do contrato, situação na qual o custo da licitação jamais seria compensado pelas eventuais vantagens geradas por esse procedimento seletivo; 2) em razão da situação em que o contrato é firmado, como as hipóteses de guerra ou calamidade; 3) por força do objeto contratado, por exemplo, nos casos de aquisição de obras de arte ou do fornecimento de energia elétrica e gás e 4) em virtude da pessoa, o que abarca as hipóteses de contratação entre entidades estatais e a contratação em favor de certas entidades privadas responsáveis por desempenharem tarefas de utilidade pública, como as associações de deficientes.

Ao contrário do que se poderia imaginar, a legislação brasileira não contém uma hipótese geral de dispensa de realização de licitação em favor de ME e EPP no rol taxativo de dispensas da Lei geral. O enquadramento de um agente econômico como ME ou EPP não é fator que, por si só, gere benefício de contratação direta. Na verdade, essas empresas serão contratadas diretamente apenas quando a Administração Pública assim optar frente à uma hipótese geral de dispensa. A

discricionariedade do administrador público em relação à empresa beneficiada pela dispensa não foi modificada a princípio pela edição da LC 123/2006. Seu artigo 49, na redação originária, dispunha-se que as técnicas de discriminação previstas no art. 47 e 48 não se aplicavam quando a licitação fosse dispensável ou exigível.

Com a edição da LC 147/2014, a situação se modificou de maneira significativa. O art. 49, IV foi amplamente alterado! De acordo com a nova redação, nas dispensas em razão do baixo valor de contratos de obras ou serviços de engenharia, bem como de contratos de compras e serviços (art. 24, I e II respectivamente), “a compra (sic) deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48” (art. 49, IV da LC 123/06).

A nova redação dada ao art. 49, IV, acima transcrita, apresenta alguns problemas que merecem ser destacados. Em primeiro lugar, o dispositivo cria um dever de se preferir uma ME ou EPP na contratação direta de contratos de baixo valor. Entretanto, a norma não é absoluta. A Administração pode contratar empresa de médio ou grande porte ainda que o contrato seja de baixo valor. Para tanto, é preciso que justifique claramente a razão para se preterir a ME ou EPP. Em outras palavras, o art. 49 da LC fala em contratação preferencial, não em contratação exclusiva, do que decorre ser possível justificar a não aplicação da medida discriminatória a depender do cenário. Entende-se, aqui, que a justificativa deve seguir os moldes do próprio art. 49, que flexibiliza alguns institutos discriminatórios quando houver ferimento à vantajosidade ou prejuízo ao objeto contratado.

Em segundo lugar, o art. 49, IV se refere apenas a “compra”. No entanto, ele faz remissão expressa às hipóteses de dispensa para contratos de fornecimento de bens, de serviços em geral, serviços de engenharia e obras. Por essa razão, a palavra “compras”, prevista no inciso em comento, deve ser interpretada de modo bastante alargado. Ela abarca não apenas a compra de bens pela Administração, como todo e qualquer contrato instrumental previsto no art. 24, I e II da Lei de Licitações.

Em terceiro lugar, resta a dúvida sobre o que o legislador pretendeu dizer ao fazer remissão ao art. 48, I, que trata da licitação exclusiva para aquisições de até 80 mil Reais. A norma é bastante obscura nesse aspecto e sobre ela há duas interpretações possíveis. A primeira seria de que a *contratação preferencial* se aplica para contratos com valores de até 15 mil para obras e de até 8 mil para serviços e bens. Os contratos com valor superior aos mencionados e inferior a 80 mil por item entram em hipótese distinta, que é a da exclusividade da contratação de ME ou EPP – e não mais de mera preferência. Em outras palavras, para contratos de baixo valor que se enquadram na hipótese de dispensa por baixo valor, aplicar-se-ia contratação preferencial; para itens de contrato entre o valor teto da dispensa e 80 mil, aplicar-se-ia contratação exclusiva.

Essa interpretação, contudo, não parece a mais adequada, pois o tratamento da ME e da EPP se mostraria menos benéfico (pela mera preferência) em contratos de baixo valor (exatamente para os quais elas geralmente estão mais preparadas) e mais benéfico (por força da exclusividade) em contratos de médio valor. Para se superar essa incongruência, apresenta-se uma interpretação alternativa.

A exclusividade se aplicará tanto para os casos de dispensa por baixo valor, como nas licitações para contratos de até 80 mil. Com a nova redação, além da licitação exclusiva, passa a existir a contratação exclusiva de valor reduzido. A dispensa por baixo valor não poderá gerar, com isso, um contrato com empresas de médio e grande porte. Ao fazer referência ao artigo 48, I, nota-se que o art. 49, IV traz a clara obrigatoriedade de contratação exclusiva, mesmo que haja dispensa por valor.

Dessa forma, a palavra “preferencialmente”, contido no art. 49, IV da LC 123, deve ser interpretada com cautela. Ao usar o advérbio mencionado, o legislador parece ter buscado afirmar que a licitação é exclusiva nas hipóteses de dispensa por baixo valor, exceto nas hipóteses de afastamento das medidas discriminatórias em situações especiais previstas no 49 e detalhadas no art. 10 do Decreto 8.538/2015.¹⁵⁴

Em síntese, o legislador restringiu as duas hipóteses de dispensa por valor contidas na Lei Geral de Licitações para colocá-las dentro da obrigatoriedade de contratação direta exclusiva em favor das ME e EPP, salvo nas situações excepcionais mencionadas. Isso revela que, com a edição da LC 147/2014, ao lado da “licitação exclusiva” se consagrou o novo instituto da “contratação direta exclusiva por dispensa de baixo valor” – mecanismos de discriminação positiva que não devem ser confundidos.

3 LICITAÇÃO EXCLUSIVA

As medidas discriminatórias aparecem igualmente na realização da licitação (fase externa) já a partir do momento de abertura e apresentação de propostas. Nesse particular, a LC 123/2006 inseriu no ordenamento brasileiro a figura da “licitação exclusiva” (art. 48, I), que, na sua redação originária, impunha o fechamento da licitação às EPP e às ME para toda e qualquer licitação relacionada com contrato de até oitenta mil Reais.

Também nesse aspecto, a LC 147/2014 promoveu algumas alterações sutis, porém de grande impacto. Na redação originária, fazia-se mera menção a “contratações cujo valor” fosse de até oitenta mil reais. Com a nova redação, afirma-se que a licitação será exclusiva com relação a “*itens* de contratação” com valor de até oitenta mil reais.¹⁵⁵ Agora, portanto, a exclusividade se refere a um item da

¹⁵⁴ Vale a transcrição: Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando: I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente; III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos art. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do caput do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do caput deste artigo; ou IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.

¹⁵⁵ A Federal Acquisition Regulation, lei estadunidense que prevê licitações reservadas a determinados empreendimentos, traz um valor de 150 mil dólares, periodicamente corrigido. CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. Tratado de direito administrativo, v. 06: Licitação e Contratos

contratação e não ao valor global licitado. O Decreto, a seu turno, detalha a redação ainda mais ao se referir a “itens ou lotes de licitação” (art. 6º).

Ao explicitar o benefício por “item” de contratação na redação do Estatuto, a LC 147/2014 ampliou de modo significativo os benefícios à ME e à EPP. Isso significa que, na atualidade, essas empresas fazem jus à competição exclusiva em relação a toda parcela autônoma do fornecimento (item contratado) independentemente do valor global da contratação que a licitação específica envolva.¹⁵⁶ Tampouco interessa para a concessão do benefício jurídico – conforme já restava evidente na redação originária – as características do objeto contratual. A licitação exclusiva se aplica tanto para contratos de fornecimento de bens, como para contratos de serviços e de empreitada, salvo nas situações excepcionais de afastamento da política discriminatória (art. 49, a ser comentado oportunamente).

Apesar dos aprimoramentos, as licitações exclusivas permanecem sob crítica de parte da doutrina especializada. José Anacleto Abduch dos Santos¹⁵⁷ ressalta que a exclusividade reduz a competitividade dos certames licitatórios, gerando o risco de se afetar a vantajosidade. Contra a crítica do autor, há que se fazer duas ponderações. Em primeiro lugar, a própria LC 123/2006 prevê a inaplicabilidade desse mecanismo discriminatória em caso de risco à vantajosidade (art. 49). Em segundo lugar, imaginando-se que não houvesse a norma que prevê a inaplicabilidade da licitação exclusiva por risco à vantajosidade e reconhecendo-se que, no curto prazo, realmente se opera o efeito econômico de limitação do número de agentes econômicos em uma licitação específica, no longo prazo é questionável afirmar que seu efeito será a concentração do mercado.

A exclusividade promove a igualdade material, permite que empresas com menores condições de competitividade possam acessar mercados públicos e, com isso, em última instância, evita que elas desapareçam. Se este raciocínio estiver correto e a licitação exclusiva realmente se mostrar capaz de contribuir com as condições de sobrevivência das ME e EPP no Brasil, ela ampliará o número de agentes econômicos no longo prazo, apesar de reduzi-los eventualmente numa ou noutra licitação concreta. Em outras palavras: ao se adotar uma perspectiva temporal mais alargada, acredita-se que a medida colaborará com o incremento da atomização do mercado e não com sua concentração.

Administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 237-238. Entende-se que essa correção também deveria existir no Brasil, ainda mais pelo fato de que, recentemente, a LC 155/2016 aumentou a faixa máxima de renda bruta para se considerar empresa de pequeno porte: de 3,6 para 4,8 milhões.

¹⁵⁶ Alfredo Gioielli critica o benefício e afirma que: “O que se vê atualmente, após a edição da norma, é a ocorrência de inúmeras empresas se valendo das prerrogativas do referido regime diferenciado, arrematando em um único certame licitatório montas superiores ao limite de seu faturamento, o que se afigura um verdadeiro disparate, ante os limites fixados para seu enquadramento, causando desequilíbrio entre os participantes”. GIOIELLI, Alfredo. O abuso das micro e pequenas empresas nas licitações. CONJUR, 27 de agosto de 2008, edição digital, s.p.

¹⁵⁷ SANTOS, José Anacleto Abduch. As licitações e o Estatuto da Microempresa. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, junho/julho/agosto, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-14-JUNHO-2008-JOSE%20ANACLETO.PDF> > Acesso em 31 jul. 2017. p. 26.

Questionável também se afigura a afirmação de que a licitação exclusiva afeta a vantajosidade. Ainda que, por um lado, a restrição de participação afaste licitantes de maior porte, por outro, permite que competidores se beneficiem dos recursos envolvidos nos mercados públicos, o que, em última instância, gera inúmeras externalidades positivas, como o estímulo econômico à sobrevivência de milhões de famílias. O que se pretender dizer é que a vantajosidade deve ser compreendida para além de uma licitação concreta. Há que se pensar a vantajosidade num sentido complexo, que supere uma mera licitação e o curto prazo de um contrato. É preciso falar de vantajosidade socioeconômica do contrato, uma noção atual, diferente da mera ideia de vantajosidade como menor preço em um sentido imediatista.

Em sentido crítico, Joel Menezes Niebuhr¹⁵⁸ se posiciona pela inconstitucionalidade das licitações exclusivas em virtude da restrição da participação de determinados agentes, embasando seu posicionamento no artigo 37, XXI da Constituição Federal que afirma que nas licitações “*somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”. É preciso ler com cautela essa crítica por uma série de razões. Em primeiro lugar, a licitação exclusiva não diz respeito à fase de habilitação, senão à abertura do certame e sobre isso nada diz o art. 37, XXI da CF. Em segundo lugar, como dito, a exclusividade consiste em um mecanismo discriminatório que se baseia no valor da igualdade material, amplamente reforçado em inúmeros dispositivos constitucionais, inclusive nos artigos 170, IX e 179. Em terceiro lugar, ressalte-se mais uma vez que, em médio e longo prazo, se a exclusividade for capaz de garantir a sobrevivência de empresas de menor porte, ela terá contribuído para a atomização do mercado. Ou seja, o número de competidores no geral aumentará e, com isso, estará o Estado em melhores condições para encontrar bons negócios, ou seja, para receber propostas vantajosas pelos contratos que propõe ao mercado.

4 REGULARIZAÇÃO FISCAL E TRABALHISTA DIFERIDA

Nas licitações que superarem as margens para competição exclusiva entre ME e EPP, a Administração Pública empregará outras técnicas de discriminação ao longo da fase externa, especificamente no momento da habilitação e da classificação. Por força da Lei Geral de Licitações, na habilitação, os agentes econômicos são chamados a apresentarem documentação comprobatória de habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento ao disposto no art. 7º, XXXIII da CF – documentação que pode ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, leilão e contratos para fornecimento de bens para pronta entrega (art. 32, § 1º).

Não há dúvidas que a comprovação de todos esses aspectos gera grandes custos aos licitantes, os quais se elevam proporcionalmente conforme se reduz a estrutura da empresa e sua frequência de participação em contratações públicas. Tal realidade não se modificou grandemente com a edição do Estatuto da ME e da EPP.

¹⁵⁸ NIEBUHR, Joel Menezes. Crítica à utilização da licitação pública como instrumento de políticas públicas. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/critica-a-utilizacao-das-licitacoes-publicas-como-instrumento-de-politicas-publicas>. Acesso em 20 fev. 2017.

No entanto, hoje há dois mecanismos discriminatórios que facilitam, em parte, a habilitação dessas empresas.

O primeiro mecanismo é o da regularização trabalhista e fiscal diferida (art. 43 da LC 123/2006), comentado em mais detalhes nos parágrafos a seguir. O segundo mecanismo não está no Estatuto propriamente dito. Trata-se, em verdade, de um benefício criado pelo Decreto n. 8.538/2015, cujo art. 3º prescreve o seguinte: “Na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigida da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social”. Esse dispositivo, que não será aprofundado neste estudo por não estar previsto no rol dos instrumentos da LC 123, gera um benefício às empresas de menor porte no tocante à qualificação econômico-financeira.

Na LC 123/2006, como dito, prevê uma única medida discriminatória para a habilitação, a saber: a regularização fiscal e trabalhista diferida. Dispõe a lei que, “nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e empresas de pequeno porte *somente* será exigida *para efeito de assinatura do contrato*” (art. 42 com redação dada pela LC 155/2016, g.n.).¹⁵⁹ Em grande parte, esse mecanismo discriminatório se assenta na constatação, revelada por pesquisa do SEBRAE, de que a alta carga tributária configura o segundo motivo mais comum a justificar o encerramento das atividades de ME e EPP.¹⁶⁰ Contudo, o instituto em questão não afasta o dever de as empresas que se enquadrarem nas categorias favorecidas de “apresentar toda a documentação exigida para efeito da comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição” (art. 43, *caput*).

Diante da confirmação de uma restrição na comprovação da regularidade fiscal, a LC 123/2006 originariamente impunha que a Administração assegurasse à ME ou à EPP o prazo de dois dias úteis para regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa” (art. 43, § 1º na redação originária). O termo inicial do prazo, ainda pela LC, corresponde *ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, discricionariamente*.

Em 2014, a LC 147 ampliou o prazo de dois dias úteis para cinco dias úteis, mantendo a prorrogação por igual período. A seu turno, o Decreto regulamentar de 2015 detalhou as regras de contagem de prazo conforme a modalidade licitatória. Assim, na atualidade, “o prazo para regularização fiscal será contado a partir: I - da divulgação do resultado da fase de habilitação, na licitação na modalidade pregão e nas regidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas sem inversão de fases; ou II - da divulgação do resultado do julgamento das propostas, nas

¹⁵⁹ Na sua redação originária, o art. 42 mencionava apenas a regularidade fiscal. No entanto, foi alterado pela LC 155/2016 para harmonizá-la com a nova redação do art. 27, IV da Lei de Licitações, que foi modificado pela Lei n. 12.440/2011 e passou a tratar de regularidade igualmente trabalhista, além da tributária.

¹⁶⁰ KARKACHE, Sérgio. Princípio do tratamento favorecido: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. Curitiba, 2010. p. 11-12.

modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nas regidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas com a inversão de fases” (art. 4º, § 2º). Além disso, o Decreto evidencia que o prazo de regularização diferida somente será aberto caso expressamente solicitado, de modo justificado, por uma ME ou EPP (art. 4º, § 3º).

Findo o prazo sem a regularização, o direito da EPP ou da ME vencedora à contratação decairá (art. 43, § 2º), sem prejuízo da aplicação de sanções previstas na Lei de Licitações (art. 81). Na ausência da vencedora, a Administração contratante deverá então convocar os licitantes remanescentes na ordem de classificação para a assinatura do contrato ou revogar a licitação.

A despeito da elevada carga tributária que pesa sobre a ME e a EPP, o mecanismo de regularização diferida ora analisado é visto como atentatório ao ordenamento jurídico por parte da doutrina especializada. Irene Patrícia Nohara,¹⁶¹ por exemplo, entende que o argumento de que os empreendedores de menor porte não dispõem de um sistema eficiente de acompanhamento de licitações para se organizar e se regularizar previamente ao certame não se sustenta. A seu ver, não é razoável que tais empresas participem de certames licitatórios com restrições fiscais, enquanto das empresas médias e grandes se continue a exigir a regularidade plena.

Não se concorda, porém, que a regularização diferida ataque a razoabilidade ou a moralidade administrativa. O problema parece estar, em verdade, na quebra da isonomia sem base em um critério racional. A regularidade fiscal e trabalhista, independentemente do porte da empresa, mostra-se essencial para empresas que efetivamente vençam o certame. Desta feita, a regularização diferida deveria ser aceita para qualquer tipo de agente econômico, a despeito de seu porte. O importante, em qualquer situação, é que o Estado não contrate alguém que lhe deva tributos ou contribuições. Respeitada essa regra, nenhum prejuízo haveria em se aceitar a regularização diferida em relação a qualquer tipo de sujeito. De todo modo, como visto, a regularização continua restrita aos licitantes de menor porte, mas, por força da nova norma regulamentar, o pedido do benefício deverá ser devidamente solicitado e motivado, o que mitigará em parte a quebra de isonomia, pois a ME ou EPP deverá esclarecer a razão plausível pela qual não se regularizou anteriormente.

É de se registrar que a LC 155/2016 acrescentou a palavra “trabalhista” aos referidos artigos, ou seja, estendeu o benefício da regularização diferida ao licitante de menor porte que tenha restrições perante a Justiça do Trabalho. Com a extensão da medida, evita-se que empresas que detenham débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho não sejam inabilitadas. A extensão do benefício serve para fazer frente à modificação da própria Lei Geral de Licitações, que hoje fala em regularidade fiscal e *trabalhista*. Contudo, a medida parece ferir a proteção constitucional do trabalho como fundamento da dignidade humana. Ao se privilegiar empreendimentos violadores de normas trabalhistas, a LC cai em contradição, pois contraria um dos fundamentos de sua própria existência, qual seja: a promoção do desenvolvimento

¹⁶¹ NOHARA, Irene Patrícia. Discriminações permitidas. Disponível em: <http://direitoadm.com.br/70discriminacoes-permitidas/>. Acesso em 12 de jun. 2017.

socioeconômico. Como pode o Estado criar mecanismos jurídicos que privilegiam as ME e EPP para promover sua sobrevivência e, por conseguinte, garantir e expandir postos de trabalho, mas, ao mesmo tempo, estabelecer técnicas discriminatórias na licitação que valorizam empresas que violam normas trabalhistas? Exatamente por isso, mais uma vez parece adequada a exigência, contida no Decreto, de que a solicitação da regularização diferida seja solicitada e motivada.

Além dessas contradições finalísticas, existem algumas impropriedades técnicas nos artigos referentes à regularização diferida.

Em primeiro lugar, fala-se de maneira inadequada em “vencedor” no art. 43, § 1º e “para efeito da assinatura do contrato” no art. 42. De certo modo, o Decreto regulamentar buscou corrigir essa falha ao traçar novas regras sobre o termo inicial do prazo de regularização.

Em segundo lugar, concorda-se aqui com o posicionamento de Cristiana Fortini¹⁶² no que tange às sanções impositivas aos empreendedores que não provarem a regularidade fiscal e trabalhista no prazo legal. A aplicação dessas sanções se afigura desproporcional, na medida em que equipara quem não consegue se regularizar com o licitante que, propositalmente, abstenha-se de contratar com a Administração Pública. Fora isso, há uma falha na legislação, uma vez que uma empresa não beneficiada e inabilitada não será punida, enquanto a ME e a EPP, que não se regularize, sofrerá sanções conquanto não deseje se valer da regularização diferida. Essas incongruências todas da LC foram de certa maneira corrigidas pelo Decreto, que, agora, exige como condição para a concessão do benefício que a empresa solicite justificadamente a regularização diferida. Dessa maneira, a sanção não será aplicada mais a qualquer empresa de menor porte, mas somente àquelas que solicitarem a regularização diferida e não o fizerem no prazo legal. A questão é saber qual será essa sanção, pois o Estatuto faz remissão ao art. 81 da lei 8.666/93, que se refere somente de modo vago a “penalidades legalmente estabelecidas”.

Um último ponto a ser levantado é a possibilidade de a Administração ou convocar os licitantes remanescentes ou revogar a licitação caso o primeiro colocado não consiga comprovar a regularidade fiscal e trabalhista mesmo após o prazo. Depreende-se do texto legal que fica a critério da Administração Pública uma das duas opções. No entanto, é preciso condicionar a revogação à comprovação de que não há remanescentes ou que não se mostra compatível com a promoção do interesse público primário realizar a convocação dos remanescentes existentes. Para que não se perca o investimento de tempo e de recursos financeiros na realização da licitação, a revogação deverá ser ampla e adequadamente motivada pela Administração Pública.

¹⁶² FORTINI, Cristiana. As regras de habilitação, empate e desempate para micro e pequenas empresas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição 01 de 2008. Disponível em: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2008/01/-sumario?next=1. Acesso em: 10 jun. 2017.

5 EMPATE FICTO NA CLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS

Diante de empates de propostas na fase de classificação, a Lei de Licitações desde sempre previu um sistema de solução bifásico. Inicialmente, para se solucionar o empate, é preciso aplicar as regras de preferência (art. 3º, § 2º), sucessivamente, aos bens e serviços: produzidos no país; produzidos ou prestados por empresas brasileiras; produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país; produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da previdência social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação (incluído pela Lei n. 13.146/2015). Mostrando-se insuficientes os critérios acima, a Lei geral impõe a realização de sorteio, em ato público para o qual todos os licitantes serão convocados, restando vedado qualquer outro processo de solução (art. 45, § 2º).

Em 2006, a edição do Estatuto da ME e da EPP modificou essa sistemática para as situações em que houver competição entre empresas de menor porte e empresas médias ou grandes. De acordo com a LC 123/2006, “nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte” (art. 44, *caput*). Esse dispositivo apenas deixará de se aplicar nas hipóteses em que: i) a licitação tiver apenas ME ou EPP em competição a despeito de exclusividade; ii) for realizada com exclusividade para esse grupo de empresas ou iii) a empresa mais classificada se enquadrar na categoria de ME ou EPP. Essas três hipóteses foram bem agrupadas pelo Decreto regulamentar em uma única frase: a licitação exclusiva “somente se aplicará quando a melhor oferta válida não houver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte” (art. 5º, § 3º).

Como dito, a preferência será obrigatória somente na presença de ME ou EPP em concorrência com empresas de maior porte. Note-se, porém, que a LC 123/2006 não criou apenas um favorecimento diante de propostas de igual valor. A legislação foi muito além, pois inseriu, no ordenamento brasileiro, um empate fictício. Pressupõe-se um empate jurídico ainda que, na realidade, as propostas sejam distintas. De acordo com o Estatuto, “entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte *sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada*” (art. 44, § 1º), percentual que cai para 5% na modalidade de pregão (art. 44, § 2º).

Ocorrido o empate ficto, a comissão de licitação ou órgão equivalente deverá proceder da seguinte forma: 1) a ME ou EPP com a melhor proposta que se encaixe nas margens legais será chamada para apresentar, caso deseje, proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, desde que a vencedora não seja uma ME ou EPP; 2) não ocorrendo a contratação da ME ou EPP que cobriu a proposta da vencedora, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrarem na regra de empate ficto, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito; 3) no caso de equivalência dos valores originariamente apresentados pelas ME ou EPP que se encontrarem dentro dos percentuais legais, será realizado sorteio entre

elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta; 4) caso nenhuma ME ou EPP decida refazer sua proposta, aí então o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originariamente vencedora do certame (art. 45 da LC 123/2006).¹⁶³

A LC 147/2014 não modificou a sistemática procedimental do empate ficto. O instituto permanece, assim, insuficiente na visão de alguns teóricos. Cristiana Fortini,¹⁶⁴ por exemplo, aduz ser muito grande o ônus imposto às ME e às EPP para vencerem a licitação no caso do empate ficto, pois estão obrigadas a apresentar uma proposta inferior à da primeira colocada para vencer o certame. Em seu entendimento, para a medida discriminatória fosse condizente com os motivos de existência da LC, seria necessário que se permitisse uma proposta, no mínimo, igual à da primeira colocada de maior porte.

Referido posicionamento parece bastante acertado, na medida em que as empresas menores, em geral, não se aproveitam de economias de escala, dispõem de menor capital de giro, enfrentam mais dificuldades na captação de recursos financeiros e contam com estrutura mais frágil para se manter no mercado. Dessa maneira, adequado seria modificar o instituto para se permitir, para além do empate ficto, a possibilidade de oferta, pela ME ou EPP, de proposta de igual valor ao da empresa de maior porte que se colocou em primeiro lugar.

6 COTAS DE CONTRATAÇÃO EM CONTRATOS DE BENS

As ações afirmativas que a LC 123 estruturou em favor das ME e das EPP superaram a fase licitatória para atingir a fase de celebração e execução contratual. Caso uma empresa de menor porte não logre vencer o certame com apoio das medidas de preferência previamente discutidas, ainda assim, sua participação na realização do contrato não estará por definitivo excluída. E isso por conta de dois institutos: a cota de contratação para fornecimento de bens (art. 48, III) e a subcontratação obrigatória em contratos de obras e serviços (art. 48, II).

De acordo com a redação originária da LC 123/2006, a Administração Pública *podia* estabelecer cota de até 25% do objeto para contratação de ME ou EPP em certames para aquisição de *bens e serviços* de natureza divisível (art. 48, III na redação originária). Com a edição da LC 147/2014, a situação se modificou de modo bastante significado. Hoje, a Administração “*deverá* estabelecer, em certames para aquisição de *bens de natureza divisível, cota de até 25% do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte*” (art. 48, III na redação atual). Isso significa que, nessas licitações, passa a ser obrigatório um julgamento para a cota reservada a ME ou EPP e outro, para a cota aberta ou não reservada a qualquer tipo de empresa.

¹⁶³ O Decreto regulamentar traz normas adicionais de adaptação dessa sistemática a licitações na modalidade pregão e nas licitações do tipo técnica e preço (art. 5º, § 6º e 8º do Decreto 8.538/2015).

¹⁶⁴ FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. Licitações e contratos: aspectos relevantes. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 150.

Com a edição da LC 147, houve uma primeira modificação a restringir o benefício em debate. O dispositivo legal não mais inclui os contratos de prestação de serviços, restringindo a cota apenas aos contratos de fornecimento de bens. A segunda modificação, de forma distinta, ampliou o benefício, pois, na atualidade, mostra-se obrigatória a previsão da cota de contratação para fornecimento de bens em licitações não exclusivas para ME ou EPP. Não há mais discricionariedade para a Administração Pública escolher se a aplicará ou não a cota. Não se trata de cota facultativa, mas sim de cota obrigatória.

Isso não significa que o instituto não possa ser disfarçadamente inutilizado. Afinal, ainda permanece na lei a margem de escolha do administrador público no tocante ao percentual da cota. A redação atual, tal como a anterior, prevê um teto de 25% em relação ao objeto do contrato (quantidade de bens), cabendo ao ente contratante fixar qual o percentual utilizará na prática. Assim, é possível que reduza a cota de modo malicioso e injustificável, postura que se deve combater pela exigência de motivação para redução da cota a patamares ínfimos.

Distinta é a hipótese em que se exclui por completo a cota de contratação. A ausência da cota se mostra, na redação atual, completamente ilícita, salvo em três situações bastante simples: 1) a de indivisibilidade do objeto, 2) a de licitação sem empresa de menor porte ou 3) a de fracasso na licitação para a cota. Caso a Administração deseje adquirir um único bem, a cota estará automaticamente excluída. Além disso, não se poderá aplicá-la quando a licitação abranger exclusivamente empresa de maior porte ou caso não haja vencedor para a cota reservada por problemas de habilitação ou classificação, por exemplo. De acordo com o Decreto regulamentador (art. 8º, § 2º), “O instrumento convocatório deverá prever que, na hipótese de não haver vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal”.

Note-se que a presença de ME ou EPP na licitação não parece ser motivo para a exclusão da cota. Caso não haja empresas de médio ou grande porte, a cota ainda deverá ser mantida. Nessa situação, surgem duas hipóteses: a licitação da cota reservada é vencida por uma ME ou EPP distinta daquela que venceu para a cota não reservada ou a vencedora das duas cotas é a mesma empresa. Para este último cenário, o Decreto Regulamentar traz um mandamento específico: “se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço” (art. 8º, § 3º).

7 SUBCONTRATAÇÃO OBRIGATÓRIA EM CONTRATOS DE OBRAS E SERVIÇOS

Por força das alterações sofridas pela LC 123, a cota de contratação, comentada no item anterior, ficou limitada aos contratos de fornecimentos de bens pelo mercado à Administração Pública. Para os contratos de realização de obras ou prestação de serviços, não incide cota obrigatória. Ainda assim, o Estatuto prevê, para estes contratos, uma ação afirmativa: a chamada subcontratação obrigatória de ME

ou EPP (art. 48, II). Com isso, o ente contratante pode obrigar a empresa contratada a transferir a execução de parte do contrato a uma ME ou EPP. Há várias observações relevantes em relação a essa técnica.

Em primeiro lugar, a previsão de subcontratação obrigatória não se aplica a contrato de fornecimento de bens. Esse mandamento é reforçado pelo Decreto, que assim dispõe: “Não se admite a exigência de subcontratação para o fornecimento de bens, *exceto quando estiver vinculado à prestação de serviços acessórios*” (art. 7º, § 2º).

Em segundo lugar, a previsão da subcontratação é discricionária, de modo que pode o ente contratante não a utilizar. Nesse sentido, a subcontratação como medida discriminatória destoa da licitação exclusiva e da cota de contratação, que são previstas como deveres na legislação, razão pela qual apenas deixarão de ser aplicadas nas hipóteses especiais do art. 49 do Estatuto.

Em terceiro lugar, o Estatuto não traça os limites e condições de subcontratação, cabendo à Administração Pública fazê-lo. Da redação atual, por força da LC 147, sequer consta o antigo limite máximo de 30% do objeto licitado. Nesse contexto, como esclarece o Decreto 8.538/2015 (art. 7º), compete à autoridade pública, na elaboração do ato convocatório, prever:

- O percentual mínimo a ser subcontratado e o percentual máximo admitido (...), sendo vedada a sub-rogação completa ou da parcela principal da contratação (art. 7º, I);
- Que as microempresas e as empresas de pequeno porte a serem subcontratadas serão indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores (art. 7º, II);
- Que, no momento da habilitação e ao longo da vigência contratual, será apresentada a documentação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas (art. 7º, III), permitida a regularização diferida;
- Que a empresa contratada se comprometerá a substituir a subcontratada, no prazo máximo de trinta dias, na hipótese de extinção da subcontratação, mantendo o percentual subcontratado até a sua execução total, notificando o órgão ou entidade contratante, sob pena de rescisão, sem prejuízo das sanções cabíveis, ou a demonstrar a inviabilidade da substituição, hipótese em que ficará responsável pela execução da parcela originalmente subcontratada (art. 7º, IV);
- Que a empresa contratada se responsabilizará pela padronização, pela compatibilidade, pelo gerenciamento centralizado e pela qualidade da subcontratação;
- Que a exigência de subcontratação não se aplicará quando o licitante for: I - microempresa ou empresa de pequeno porte; II - consórcio composto em sua totalidade por microempresas e empresas de pequeno porte, respeitado o disposto no

art. 33 da Lei nº 8.666, de 1993; e III - consórcio composto parcialmente por microempresas ou empresas de pequeno porte com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação (art. 7º, § 1º).

As hipóteses de inaplicabilidade da subcontratação obrigatória prevista no Decreto regulamentar e acima transcritas merecem alguns comentários críticos. De um lado, como a subcontratação é um instituto de uso facultativo pela redação da LC 123, não há porque trazer hipóteses a respeito de sua inaplicabilidade, que poderia muito bem ser deixada ao exame no caso concreto. De outra parte, não se vislumbram motivos para se excluir por completo a subcontratação nas situações em que a vencedora do certame for uma empresa enquadrada nas categorias de ME ou EPP.

É visível o raciocínio da Presidência da República materializado no Decreto a respeito dessa última questão. Pensou a autoridade regulamentadora que não haveria razão para se manter um benefício em favor de empresas de menor porte na execução do contrato se uma delas já terá vencido o certame. Ainda assim, a questão que se põe é a seguinte: Por que proibir, na norma regulamentar, o uso de uma técnica de repartição do objeto com outras ME ou EPP? Ainda que a vencedora se enquadre nessa categoria, a subcontratação em favor de mais empresas de igual porte poderia ser extremamente benéfica ao ampliar o número de acessos ao contrato e, por conseguinte, aos recursos públicos. Daí porque se afigura indevida a vedação prevista no art. 7º, § 1º do Decreto, a qual, registre-se, não possui base na LC 123/2006.

8 MARGEM DE PREFERÊNCIA DE EPP E ME LOCAIS OU REGIONAIS

As discriminações licitatórias previstas para as ME e EPP podem ser divididas em dois grupos: a) as gerais, destinadas a qualquer das empresas que se enquadrem nas duas categoriais a despeito da sua localização e b) as especiais, destinadas a empresas de menor porte locais ou regionais.

Essa diferenciação somente ganhou sentido e relevância com a edição da LC n. 147/2014. Em sua redação originária, a LC 123/2006 não a sustentava. É verdade que a lei já estipulava como objetivos das medidas discriminatórias o incentivo à inovação, o incremento da eficiência das políticas públicas, como também “a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional”. No entanto, até 2014, a Lei não evidenciava como as ME e EPP seriam discriminadas umas das outras em razão de sua vinculação com o local ou a região em que se realiza a contratação estatal.

Para dar vida ao objetivo de incentivar ME e EPP locais e regionais, a LC 147/2014 incluiu o art. 47, § 3º na LC 123/2006. Este novo dispositivo prescreve que “os benefícios referidos no *caput* deste artigo poderão (sic), justificadamente, estabelecer a *prioridade de contratação* para as microempresas e empresas de pequeno porte *sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% do melhor preço válido*” (g.n.).

Segundo a legislação federal, embora se garanta discricionariedade quanto ao uso da preferência a empresas locais ou regionais, caso se decida pela adoção dessa

política de benefícios, a técnica empregada para tanto não variará. Para valorizar as empresas locais e regionais de menor porte, a Administração Pública deverá empregar uma “margem de preferência” que se acoplará a uma das três técnicas discriminatórias a seguir: 1) a licitação exclusiva para ME ou EPP em relação a itens de contratação com valor de até 80 mil Reais; 2) a subcontratação de ME ou EPP para serviços ou obras ou 3) a cota de contratação de ME ou EPP para fornecimento de bens.

Sempre que se utilizarem algumas dessas três técnicas, será possível prever norma editalícia contendo margem de preferência para ME ou EPP locais e regionais. Assim, numa licitação exclusiva, considerando que a ME sediada em outro Estado apresente o melhor preço 100 e a segunda ME mais bem classificada apresente preço de até 110, a segunda será contratada apesar do maior preço, desde que se aplique a margem de preferência e que ela demonstre estar sediada local ou regionalmente. Da mesma forma, será possível determinar a subcontratação preferencial de uma ME ou EPP, local ou regional, cuja proposta se encontre na margem de 10% do melhor preço oferecido por outra ME ou EPP vencedora da licitação, mas não vinculada ao local ou à região. Além disso, a cota de até 25% para contratos de fornecimentos de bens poderá ser direcionada a uma ME ou EPP, local ou regional, ainda que o melhor preço para os bens da cota tenha sido apresentado por outra ME ou EPP, não local ou regional, e contanto que o preço da primeira se insira na margem de 10% superior ao melhor preço. Na cota não reservada, não haverá prioridade, salvo em caso de licitação exclusiva.

Questão importante para se aplicar a margem de preferência diz respeito à definição de ME ou EPP local ou regional. O Decreto 8.538/2015 oportunamente tratou do assunto (art. 1º, § 2º, I e II). Nos termos dessas normas regulamentares, considera-se: “I - âmbito local - limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação; e II - âmbito regional - limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”. Entretanto, o próprio Decreto flexibiliza sua definição ao admitir a “adoção de outro critério de definição de âmbito local e regional, justificadamente, em edital, desde que previsto em regulamento específico do órgão ou entidade contratante” (art. 1º, § 3º) e compatível com os objetivos da política discriminatória em debate.¹⁶⁵ Percebe-se aqui uma ampla e perigosa margem de discricionariedade conferida à Administração, o que pode colocar em risco a eficácia da medida discriminatória, pois se deixa nas mãos da Administração Pública a opção pela utilização ou não do mecanismo e pela definição do raio geográfico em que incidirá.

¹⁶⁵ De acordo com o art. 1º do Decreto Regulamentador: Art. 1º Nas contratações públicas de bens, serviços e obras, deverá ser concedido tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual - MEI e sociedades cooperativas de consumo, nos termos deste Decreto, com o objetivo de: I - promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional; II - ampliar a eficiência das políticas públicas; e III - incentivar a inovação tecnológica.

Além dessas definições, o Decreto trouxe normas procedimentais bastante relevantes sobre a aplicação do instituto da margem de preferência. Nesse sentido, estipulou que: 1) a ME ou EPP sediada local ou regionalmente melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora da licitação, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor; 2) na hipótese da não contratação dessa empresa, serão convocadas as ME ou EPP remanescentes que estiverem na margem de 10%, na ordem classificatória para o exercício do mesmo direito; 3) no caso de equivalência dos valores apresentados pelas empresas de menor porte locais ou regionais, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

Outra importante colaboração do Decreto diz respeito à compatibilização das margens de preferência para ME ou EPP com as margens de preferências previstas na Lei Geral de Licitações (art. 9º, II, alíneas 'g' e 'h'). Nesse sentido, dispõe o Decreto que se houver propostas beneficiadas com as margens de preferência para produto nacional em relação ao produto estrangeiro (art. 3º da Lei de Licitações), a prioridade de contratação será aplicada exclusivamente entre as propostas que fizerem jus às margens de preferência, de acordo com os Decretos de aplicação das margens de preferência, observado o limite de vinte e cinco por cento estabelecido pela Lei de Licitações.

Para além dessa problemática, é preciso registrar que a utilização da margem de preferência em favor das ME ou EPP locais ou regionais, exclusivamente realizada por meio da margem de preferência de 10% sobre o menor preço é, para a legislação nacional, a única técnica de diferenciação possível. A margem, tal como prevista, incide em procedimentos de contratação da União, dos Estados e dos Municípios, bem como de entes de sua administração indireta.

Urge debater se o art. 47 da LC/123, parágrafo único permite aos Estados e Municípios criarem meios adicionais de diferenciação em favor das empresas locais e regionais. De acordo com esse dispositivo, “enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresas e empresas de pequeno porte, aplica-se a legislação federal”. Daí se extrai que as discriminações em favor das ME e das EPP previstas na LC 123/2006 configuram um rol mínimo, sujeito à ampliação pelos entes políticos subnacionais. Por força desse autorizativo, eles estão igualmente autorizados a prever outras técnicas discriminatórias, em complemento à margem de preferência, para beneficiar as ME e EPP locais e regionais em detrimento das ME e EPP externas.

Benefícios adicionais ficarão limitados ao âmbito das licitações exclusivas, das cotas de contratação e da subcontratação obrigatória. Diante da redação do art. 48, § 3º da LC 123/2006, que configura norma nacional e geral de contratação pública, não se afigura lícito criar outras técnicas de discriminação em favor de EPP ou ME local ou regional, por exemplo, na fase de habilitação ou em relação às hipóteses de contratação direta por dispensa.

9 LIMITES DE APLICABILIDADE DAS MEDIDAS DISCRIMINATÓRIAS

As técnicas de discriminação contidas no Estatuto das ME e das EPP no âmbito da contratação pública classificam-se em três grupos: as de uso obrigatório, como o empate ficto e a regularização fiscal e trabalhista diferida motivadamente requerida pelo licitante; as de uso discricionário, como a subcontratação obrigatória, e as de uso obrigatório condicionado, ou seja, medidas obrigatórias apenas a princípio, pois deverão ser afastadas em situações especiais taxativas.

Nesse terceiro grupo, de acordo com o art. 49 da LC 123/2006, incluem-se as medidas previstas no art. 47 e 48 do Estatuto. Por conseguinte, a licitação exclusiva, a subcontratação em contratos de serviços e obras e a cota de contratação de até 25% em contratos de fornecimento de bens serão afastadas somente se:

- 1) Não houver no mínimo 3 fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências do instrumento convocatório (art. 49, II);
- 2) O tratamento diferenciado e simplificado não for vantajoso para a administração pública (art. 49, III);
- 3) O tratamento diferenciado representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado (art. 49, III);
- 4) A licitação for dispensável ou inexigível (art. 49, IV).

A relativização das medidas discriminatórias é necessária, pois, como explica Marçal Justen Filho, “...seria inconstitucional estabelecer preferência de cunho absoluto, reservando a totalidade das contratações administrativas para ME e EPP. Isso significaria excluir a possibilidade de competição das empresas de maior porte e acarretaria severos prejuízos aos cofres públicos”.¹⁶⁶ Mas não é só isso: há situações em que a contratação de empresas de menor porte esbarra em interesses públicos e pode, mesmo numa perspectiva socioeconômica, configurar uma medida pouco vantajosa à tutela dos interesses da coletividade que sustenta os cofres públicos com seus tributos. Cumpre investigar se as hipóteses de relativização mencionadas no art. 49 da LC 123 se revelam adequadas ou não.

Em primeiro lugar, o art. 49, II fala de afastamento dos mecanismos caso não haja, um mínimo de três ME ou EPP, *sediadas local ou regionalmente*, que possam cumprir as exigências do ato convocatório. Ao criar essa condição, a LC acaba por indevidamente afastar a licitação exclusiva em casos nos quais haja apenas ME ou EPP externas nessas condições, ou seja, empresas não sediadas nas imediações da contratação. Para contratos de prestação de serviços e de realização de obras, essa regra faz algum sentido, dada a necessidade de presença de mão de obra no local. No entanto, em relação aos contratos de fornecimento de bens, não há razão para se afastar a licitação exclusiva simplesmente por inexistir um mínimo de três fornecedores locais ou regionais de pequeno porte aptos a vencerem o certame e executarem o contrato. Muitos desses contratos são facilmente exequíveis a despeito

¹⁶⁶ MARÇAL, Justen Filho. O Estatuto da Microempresa e as licitações Públicas, 2ª ed. Dialética, p. 40.

da localidade da empresa contratada. Para o fornecimento de bens, pouco importa se a empresa é local ou regional, daí porque a restrição legal se mostra indevida.

Não basta que haja o respeito ao quantitativo legal mínimo de 3 ME ou EPP locais ou regionais. É preciso que elas tenham condições de se habilitar e cumprir as normas gerais para apresentação de propostas em relação ao objeto licitado (ou seja, que as propostas sejam possíveis, exequíveis e não abusivas). A partir de uma interpretação literal do Estatuto, caso três empresas locais ou regionais não mostrem capacidade de ser habilitadas ou classificadas, a licitação exclusiva e a cota de contratação não se aplicarão.

O problema desse entendimento é dúplice: a uma, é se de duvidar que o ente contratante logre fazer essa análise em termos abstratos, antes mesmo da licitação, razão pela qual se entende que o cumprimento ou não das condições do ato convocatório só poderá ser verificado ao longo do procedimento; a duas, ainda que as menos que três locais ou regionais descartem a capacidade exigida na lei, não se deve descartar a presença de outras empresas de menor porte sem vinculação local ou regional para se atingir o número legal mínimo, sobretudo, como dito, nos contratos de fornecimento de bens, em que a localização da empresa é de menor relevância.

Em segundo lugar, o art. 49, III prevê duas abrangentes válvulas de escape às licitações exclusivas e às cotas de contratação ao dispor que tais medidas discriminatórias deixarão de se aplicar caso não se revelem vantajosas para a Administração Pública ou caso representem prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. A primeira situação imaginável é a de falta de “vantajosidade”. Aqui, a questão toda gira em torno da maior ou menor abrangência que se confira ao conceito.

Como se esclareceu anteriormente, a vantajosidade hoje deve ser pensada em termos amplos, de caráter socioeconômico e em perspectiva temporal alongada. Se tomada pelo intérprete como o menor preço possível na perspectiva temporal imediatista e limitada do certame em concreto, dificilmente as técnicas discriminatórias se tornarão viáveis e, portanto, em praticamente todos os casos poderá se afirmar que a licitação exclusiva e a cota de contratação não deverão ser usadas por afetarem a vantajosidade que a licitação busca para a Administração.

Para tentar solucionar o problema, o Decreto regulamentar de 2015 passou a prever o seguinte: “(...) considera-se não vantajosa a contratação quando: I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios” (art. 10, parágrafo único). Nesse dispositivo, resta evidente que a vantajosidade não deve ser tomada como mera busca do menor preço. No entanto, ainda assim, a concepção do Decreto fica longe de uma perspectiva ampliada da vantajosidade em termos temporais e socioeconômicos.

Ainda no art. 49, III do Estatuto, a segunda situação se refere a prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. Nessa hipótese, a autorização legal para o afastamento da licitação exclusiva ou da cota de contratação é a princípio

compreensível, mas igualmente questionável, já que as ME e as EPP estão obrigadas a comprovar sua capacidade de execução do contrato, obedecendo a todos os requisitos de habilitação e classificação, conforme salienta o próprio art. 49, II do Estatuto. Para que a válvula de escape em questão se aplique de modo lícito e sem desvios de finalidade, é imprescindível que a autoridade contratante esclareça a razão pela qual reputa que a execução do contrato por uma EPP ou ME devidamente habilitada e classificada gerará prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto contratado.

Enfim, o art. 49, IV consagra a inaplicabilidade da licitação exclusiva e da cota de contratação em casos de dispensa ou inexigibilidade. Nesse particular, não há dúvidas quanto à inaplicabilidade da licitação exclusiva. Afinal, se não há licitação, não há como se falar de licitação exclusiva. Possível seria falar apenas de contratação direta exclusiva, mas, como se demonstrou, essa técnica somente existe para as dispensas na celebração de contrato de baixo valor.

No tocante à cota de contratação para fornecimento de bens, há que se ter mais cautela interpretativa. Ao afirmar no art. 49 IV que o disposto no art. 48 não se aplicará em hipótese de dispensa, o legislador quis simplesmente dizer que a cota não mais será obrigatória, senão meramente facultativa. Em outras palavras, de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade, a cota, assim como a subcontratação, poderá ser plenamente utilizada mesmo na hipótese de dispensa, mas desde que: i) seja compatível com a modalidade de dispensa e o tipo de contrato; e ii) o objeto seja divisível. Em outras palavras, a cota de contratação continua lícita e aceitável como técnica opcional de discriminação em favor da ME ou da EPP ainda que se trate de hipótese de dispensa.

Em 2014, a LC 147 reduziu o número de mitigações aos benefícios licitatórios das ME e as EPP. Na redação originária da LC 123/2006, as medidas discriminatórias do art. 48 (licitação exclusiva, subcontratação e cota de contratação) não incidiriam se não previstas expressamente no instrumento convocatório (art. 49, I). Ocorre que esse inciso foi revogado pela LC 147. Com isso, o tratamento diferenciado deverá ser automaticamente aplicado por força de lei e ainda que o administrador público tenha omitido a previsão dos instrumentos no ato convocatório.

Com a nova redação, a regra geral se inverte. A situação normal é a de discriminação e a excepcional, de não discriminação. Para não utilizar, de modo lícito, as ações afirmativas mencionadas, o ente contratante deverá expressamente prever sua inaplicabilidade no ato convocatório baseando-se em alguma das causas previstas no art. 49. O silêncio do administrador quanto às medidas passou a significar, com a LC 147, o reconhecimento de sua aplicabilidade em oposição à norma que valia anteriormente. Essa alteração foi positiva no sentido de imprimir efetividade à norma, de evitar que os institutos continuem negligenciados pelas Administrações Públicas e de permitir que os objetivos para os quais eles foram elaborados sejam plenamente atingidos.

Ainda assim, a norma não logrou superar todos os problemas que eventuais lacunas do ato convocatório poderão ocasionar, sobretudo na aplicação de cotas de

contratação e da subcontratação. Para esses dois institutos, a ausência de detalhamento no ato convocatório certamente exigirá complementações e aditamentos. Em situações assim, será necessário aplicar a norma geral da Lei de Licitações, conforme a qual “Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas” (art. 21, § 4º).

10 CONCLUSÃO

Ao longo dos últimos anos, o legislador e a doutrina têm valorizado com cada vez mais intensidade a chamada contratualização das funções administrativas¹⁶⁷ e, dentro dela, aperfeiçoado as técnicas de utilização socioeconômica da licitação e o papel do contrato público, nas suas mais diversas modalidades, como meio promotor do desenvolvimento. Um importante passo nesse sentido foi dado pela aprovação do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (LC 123/2006), que trouxe um rol abrangente de mecanismos discriminatórios nos procedimentos de contratação, desde sua fase interna, passando pela fase de abertura, habilitação e classificação, até atingir a de execução contratual.

O presente artigo buscou explicitar o formato e o funcionamento dessas várias técnicas discriminatórias em favor das ME e EPP, sobretudo no intuito de ressaltar suas modificações e aprimoramentos por leis mais recentes, como a LC 147/2014, e pelo Decreto Regulamentar de 2015. Ao fazê-lo, constatou-se que o legislador buscou reforçar os mecanismos discriminatórios, aprimorar alguns institutos e detalhar certos procedimentos. Sem prejuízo, restou evidente que a legislação e suas normas regulamentares ainda apresentam problemas.

O primeiro é a baixa clareza e objetividade do texto normativo, que contém remissões em número demasiado, o que reduz a clareza e objetividade do texto. Essas remissões, como visto, são ora internas, ora referentes a outras leis que regem as licitações e os contratos administrativos. O segundo diz respeito à consequente dificuldade que a difícil estrutura do texto normativo deverá gerar aos administradores públicos, principalmente no âmbito regional e local. Como se sabe, esse corpo de pessoal nem sempre conta o apoio técnico necessário para colocar a política pública debatida em prática. Em terceiro lugar, observou-se que as reformas legislativas mantiveram e, em alguns casos, até aprofundaram as normas de flexibilização ou de restrição ao uso de alguns dos mecanismos discriminatórios previstos no Estatuto. Com isso, abriram mais espaço para desvios de finalidades e para o afastamento malicioso da política nacional de promoção das pequenas empresas e empresas de pequeno porte em licitações.

¹⁶⁷ Em geral, a respeito da consensualização e da contratação no direito administrativo, cf. MARRARA, Thiago. *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 39 e seguintes.

REFERÊNCIAS

- CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. Tratado de direito administrativo, v. 6: licitação e Contratos Administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). Tratado de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FORTINI, Cristiana. As regras de habilitação, empate e desempate para micro e pequenas empresas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição 01 de 2008. Disponível em: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2008/01/-sumario?next=1. Acesso em: 10 jun. 2017.
- _____, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. Licitações e contratos: aspectos relevantes. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- GIOIELLI, Alfredo. O abuso das micro e pequenas empresas nas licitações. CONJUR, 27 de agosto de 2008, edição digital, s.p.
- KARKACHE, Sérgio. Princípio do tratamento favorecido: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. Curitiba, 2010.
- MARÇAL, Justen Filho. O Estatuto da Microempresa e as licitações Públicas, 2ª ed. Dialética.
- MARRARA, Thiago (org.). Princípios de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____, Thiago. Direito administrativo: transformações e tendências. São Paulo: Almedina, 2014.
- NIEBUHR, Joel Menezes. *Crítica à utilização da licitação pública como instrumento de políticas públicas*. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/critica-a-utilizacao-das-licitacoes-publicas-como-instrumento-de-politicas-publicas_ Acesso em 20 fev. 2017.
- NOHARA, Irene Patrícia. Discriminações permitidas. Disponível em: <http://direitoadm.com.br/70discriminacoes-permitidas/> >. Acesso em 12 de jun. 2017.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. As licitações e o Estatuto da Microempresa. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, junho/julho/agosto, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-14-JUNHO-2008-JOSE%20ANACLETO.PDF> > Acesso em 31 jul. 2017. p. 26.

ECONOMIA CRIATIVA E GESTÃO DA CULTURA NA CIDADE DE PALMAS – TO CREATIVE ECONOMICS AND CULTURE MANAGEMENT IN THE CITY OF PALMAS-TO

Alex Pizzio¹⁶⁸

Agnelo Rocha Nogueira Soares ¹⁶⁹

RESUMO: O presente artigo objetiva avaliar o potencial criativo da cidade de Palmas, capital do estado do Tocantins, por meio da gestão da cultura no Município. Para tanto, realizou-se uma investigação bibliográfica e documental acerca da Economia Criativa, aproximando o arcabouço teórico à realidade da capital tocaninense. Os dados analisados revelam que a promoção da melhoria das condições de vida dos indivíduos por meio da utilização de ativos intangíveis, com destaque para a variável cultural, é uma estratégia de desenvolvimento que transcende o campo teórico e permitem identificar uma relação direta entre a adoção de políticas públicas vinculadas à Economia Criativa e a melhoria das condições de vida da população.

PALAVRAS-CHAVE: cultura; desenvolvimento; economia criativa; gestão cultural.

ABSTRACT: This article aims to evaluate the creative potential of the city of Palmas, the capital of the state of Tocantins, through the management of the culture in the municipality. For this, a bibliographical and documentary investigation was conducted about the creative economy, bringing the theoretical framework to the reality of the capital Tocantinense. The analysed data reveals that promoting the improvement of the living conditions of individuals through the use of intangible assets, highlighting the cultural variable, it is a development strategy that transcends the theoretical field and enable it to identify a direct relationship between the adoption of public policies linked to the creative economy and the improvement of the living conditions of the population.

KEYWORDS: culture, development, creative economics, cultural management.

1. A CULTURA COMO FATOR DE PROMOÇÃO DE DESENVOLVIMENTO

A cultura constitui objeto amplamente discutido no mundo acadêmico atual, sendo muitas as perspectivas de contemplação possíveis para a sua análise. No presente trabalho não iremos tratar das questões culturais sob a perspectiva de que cada vez mais a cultura tem sido percebida como um recurso, um meio utilizado para promover estratégias de desenvolvimento.

¹⁶⁸ Doutor em Ciências Sociais – UNISINOS. Docente no Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da Universidade Federal do Tocantins.

¹⁶⁹ Mestre em Desenvolvimento Regional – UFT. Pesquisados do Núcleo de Pesquisa em Desenvolvimento Regional – NUDER/UFT.

Segundo Silva (2012a), a tentativa de repensar os modelos desenvolvimentistas causadores de assimetrias e injustiças, aliada a uma série de transformações institucionais, econômicas e sociais, apontou para um novo paradigma de desenvolvimento no final dos anos 70, em que o lugar da cultura se revela através do reconhecimento do fracasso de ideias desenvolvimentistas fundamentadas unicamente em análises econômicas, discurso também presente nos fundamentos do indicador de desenvolvimento da economia da cultura - IDECULT:

O conceito de desenvolvimento é indexado historicamente, orienta e compõe as experiências históricas. O campo semântico do conceito muda conforme os contextos. Por exemplo, após a Primeira Guerra Mundial o campo de significados se referia aos processos que punham fim ao colonialismo europeu e aos movimentos de descolonização em diversas partes do mundo. Ao tornarem-se independentes, os países necessitaram não apenas de afirmação de identidades, mas também de consolidação política e econômica. A noção de desenvolvimento tornou-se então a noção que sustentaria projetos políticos e ideológicos ao longo do século XX. A novidade das primeiras décadas do século XX era a referência ao desenvolvimento como um conjunto de escolhas nacionais politicamente organizadas. O desenvolvimento não se reduzia simplesmente aos dinamismos da economia (IPEA, 2010, p. 9).

O conceito de desenvolvimento, acima exposto, valoriza aspectos que interagem entre si para a promoção do bem coletivo, tais como educação, meio-ambiente e, em um enfoque mais recente, a cultura. Nessa perspectiva, observa-se que cada vez mais a cultura tem se imbricado exercer com a economia, visto que a produção cultural começa a extrapolar o universo do discurso e das representações, assumindo um papel de produto rentável, um ramo de negócio que movimenta muito dinheiro e envolve diversas práticas profissionais. Nesse sentido, Burity (2007, p. 60) aponta o nexo existente entre economia e cultura, decorrente da incorporação da produção artística, das manifestações folclóricas e da história das comunidades à estratégia de desenvolvimento local, a partir de uma “indústria do lazer e do turismo”,

apta a aquecer a economia, gerando emprego e renda. Igualmente, percebe que uma das maneiras de promover a inclusão social é “estimulando a emergência de grupos culturais a partir do local”, profissionalizando esses grupos e integrando-os ao mercado, de modo que se possibilite a saída desses grupos da condição de “exclusão” e “marginalidade”.

A cultura, portanto, mais que um bem ou direito, passa a ser vista como recurso disponível para ser utilizado na busca do desenvolvimento. O Governo Federal, sob a gestão de Dilma Rousseff, compartilhou desse entendimento, tal como se pode observar no Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas, diretrizes e ações (2011 – 2014, p. 19):

[...] a diversidade cultural não deve mais ser compreendida somente como um bem a ser valorizado, mas como um ativo fundamental para uma nova compreensão do desenvolvimento. De um lado, deve ser percebida como recurso social, produtora de solidariedades entre indivíduos, comunidades, povos e países; de outro, como um ativo econômico, capaz de construir alternativas e soluções para novos empreendimentos, para um novo trabalho, finalmente, para novas formas de produção de riqueza. Assim, seja na produção de vivências ou de sobrevivências, a diversidade cultural vem se tornando o ‘cimento’ que criará e consolidará, ao longo desse século, uma nova economia (Secretaria da Economia Criativa, 2011-2014, p. 19).

A citação acima indica duas orientações acerca da cultura, uma mais funcional, que envolve as atividades relacionadas à criatividade e que podem assumir uma acepção mercadológica, a exemplo das artes plásticas e visuais, música, teatro, cinema, entre outras, constituindo a denominada “economia da cultura”. Em outro sentido, sob uma visão mais antropológica, a cultura representaria o conjunto de atitudes, crenças e valores comuns, compartilhados por um grupo ou sociedade e fundamentais ao seu funcionamento, sendo inserida, nesse caso, no conceito de capital cultural, que não é destinado ao consumo, mas sim transmitido de geração a

geração. Diante dessa dupla compreensão, emerge o conceito de cultura adotado por organizações internacionais, como a UNESCO, tal como relata Silva (2012a, p. 113):

Segundo definições de relatórios publicados pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), a cultura engloba não somente as artes e a literatura, mas também os modos de vida, os sistemas de valores, as tradições e crenças e os direitos fundamentais do ser humano, constituindo-se num conjunto de atributos simbólicos e materiais que caracterizam um grupo social. Assim, a noção de cultura defendida pela UNESCO unifica os dois sentidos propostos por Throsby (1995). Este conceito se apresenta como mais abrangente e funcional e tem sido incorporado por diversos organismos ao redor do mundo, como a União Europeia em 2006 e, mais recentemente, o governo brasileiro (SILVA, 2012a, p. 113).

Pode-se dizer que o conceito apresentado unifica as duas concepções de Throsby a respeito da cultura, contemplando de maneira ampla tanto os aspectos antropológicos quanto os funcionais da cultura. O governo brasileiro sinalizava seguir essa linha, como se pode perceber na concepção de cultura manifesta no Plano Nacional de Cultura - PNC (BRASIL, 2010) ⁱ :

O Plano reafirma uma concepção ampliada de cultura, entendida como fenômeno social e humano de múltiplos sentidos. Ela deve ser considerada em toda a sua extensão antropológica, social, produtiva, econômica, simbólica e estética. O Plano ressalta o papel regulador, indutor e fomentador do Estado, afirmando sua missão de valorizar, reconhecer, promover e preservar a diversidade cultural existente no Brasil. Aos governos e suas instituições cabem a formulação de políticas públicas, diretrizes e critérios, o planejamento, a implementação, o

acompanhamento, a avaliação, o monitoramento e a fiscalização das ações, projetos e programas na área cultural, em diálogo com a sociedade civil (BRASIL, 2010).

Do mesmo modo, encontramos no Plano Municipal de Cultura de Palmasⁱⁱ princípios norteadores que reiteram os termos do Plano Nacional e adota uma visão ampla de cultura (*grifos próprios*):

Art. 1º Fica instituído o Plano Municipal de Cultura de Palmas - PMCP para o decênio 2013-2022, amparado pelos princípios do Plano Nacional de Cultura-PNC, instituído pela Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010:

- I - liberdade de expressão, criação e fruição;
- II - diversidade cultural;
- III - pluralidade étnico-racial;
- IV - direito à produção, criação e fruição artístico-cultural;
- V - respeito aos direitos humanos;
- VI - direito de todos à arte e à cultura;
- VII - direito à informação, à comunicação e à crítica artística e cultural;
- VIII- direito à formação e capacitação artística e cultural;
- IX- direito à memória e às tradições;
- X - responsabilidade socioambiental;
- XI - responsabilidade histórico-artística e cultural;
- XII - valorização da arte e cultura como vetor do desenvolvimento sustentável;
- XIII - democratização e transparência das instâncias de formulação das políticas culturais;
- XIV - responsabilidade conjunta dos agentes públicos e da sociedade civil pela implementação das políticas culturais;
- XV - colaboração entre agentes públicos e privados para o desenvolvimento da economia da cultura;

XVI - participação e controle social na formulação e acompanhamento das políticas culturais.

É importante ressaltar que a cultura, principalmente em países como o Brasil e na América Latina de uma maneira geral, passa a ser concebida dentro de uma diversidade de grupos e, como tal, compõe um amplo e variado universo de significados e de elementos simbólicos. Nesse contexto diversificado, o conceito funcional de cultura pode desembocar em uma homogeneização que afronta diretamente os princípios defendidos por Sen (2000), para quem a promoção do desenvolvimento passa necessariamente pelo empoderamento dos indivíduos e pelo aumento de sua capacidade de ação e liberdade substantiva.

A partir dos anos 90, em especial com a publicação do relatório mundial do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o entendimento acerca do desenvolvimento passa por uma profunda transformação, ganhando força a ideia de que as variáveis econômicas são extremamente importantes, mas não suficientes para produzir desenvolvimento social justo e ambientalmente sustentável e não há como legitimar o desenvolvimento econômico independentemente de suas dimensões sociais e culturais.

Vê-se, assim, que o desenvolvimento ganha contornos que envolvem, necessariamente, a melhoria das condições humanas e sociais dos indivíduos, sendo que a cultura (mais do que um direito a ser satisfeito por meio do ensejo ao seu livre acesso e produção), torna-se um instrumento, a ser utilizado pelos governos, para promover melhorias socioeconômicas, como destaca Yúdice (2013). Segundo o autor,

o papel da cultura expandiu-se como nunca para as esferas política e econômica, ao mesmo tempo que as noções convencionais de cultura se esvaziaram muito. Em vez de focalizar o conteúdo da cultura – ou seja, o modelo da melhoria (segundo Schiller ou Arnold) ou da distinção (segundo Bourdieu), tradicionalmente aceitos, ou a sua antropologização mais recente, como todo um meio de vida (Williams), segundo a qual reconhece-se que a cultura de qualquer um tem valor – talvez seja melhor fazer uma abordagem da questão da cultura

de nosso tempo, caracterizada como uma cultura de globalização acelerada, como um recurso [...] Mas o que eu gostaria de frisar desde já é que a cultura está sendo crescentemente dirigida como um recurso para a melhoria sociopolítica e econômica, ou seja, para aumentar sua participação nessa era de envolvimento político decadente, de conflitos acerca da cidadania (Young, 2000: 81-120), e do surgimento daquilo que Jeremy Rifkin (2000) chamou de capitalismo cultural (YÚDICE, 2013, p. 30).

Uma vez identificada como recurso e, até mesmo, como sinônimo de desenvolvimento, a cultura passa a ocupar papel de destaque nos planejamentos governamentais. No Brasil, tem-se observado a relevância alcançada pelo elemento cultural na gestão da coisa pública, tendo destaque as estratégias ligadas à economia criativa, uma nova diretriz de políticas públicas para os setores de comunicação e cultura que adota uma perspectiva rearticuladora da relação entre cultura, economia e sociedade.

2. ECONOMIA CRIATIVA E SUA APLICAÇÃO À REALIDADE BRASILEIRA.

A expressão economia criativa tem sua origem vinculada a um artigo do jornalista Peter Coy, publicado na Revista Businessweek em 2000, onde o articulista destacou o papel das empresas em uma nova economia baseada no conhecimento, no entanto, o cerne das ideias e práticas que hoje são designadas como integrantes do conceito de economia criativa remontam ao projeto *Creative Nation*, encabeçado pelo Governo Australiano em 1994 e que tinha como objetivo a busca pela preservação e valorização do patrimônio cultural nacional em toda a sua diversidade (SERRA E FERNANDEZ, 2014). Contudo, o conceito de indústrias criativas ganhou força com o modelo adotado pelo Reino Unido em 1997, que, diante de uma situação econômica global problemática para os setores tradicionais, identificou treze âmbitos de maior potencial criativo, designados setores criativos (REIS, 2015). O exemplo do Reino Unido se tornou paradigmático por três razões:

I – contextualizar o programa de indústrias criativas como resposta a um quadro socioeconômico global em transformação;
II – privilegiar os setores de maior vantagem competitiva para o país e reordenar as prioridades públicas para fomentá-los;
III – divulgar estatísticas reveladoras de uma participação significativa das indústrias criativas na riqueza nacional (7,3% do PIB, em 2005) e com crescimento recorrentemente impactante – 6% ao ano, no período 1997 à 2005, frente a 3% do total. (REIS, 2015, p. 16).

É importante destacar que o conceito de economia criativa passou a assumir um caráter global e a sofrer variações conforme as diferentes tipologias assumidas em cada país onde foi adotado. Nesse contexto de propagação internacional, a proposta de desenvolvimento contemplada pela economia criativa alcançou o Sistema ONU por meio da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD).

A UNESCO passou a desenvolver uma série de pesquisas sobre o setor cultural e assumiu a responsabilidade pela criação e coordenação da Rede de Cidades Criativas, que tem possibilitado espaços de desenvolvimento local com base em vocações criativas. Atualmente, cinco cidades brasileiras receberam o selo UNESCO de cidades criativasⁱⁱⁱ: Belém - PA selecionada na categoria Gastronomia; Salvador - BA, na categoria Música; Santos - SP, na categoria Filme; Florianópolis - SC, na categoria Gastronomia; e Curitiba - PR, em Design.

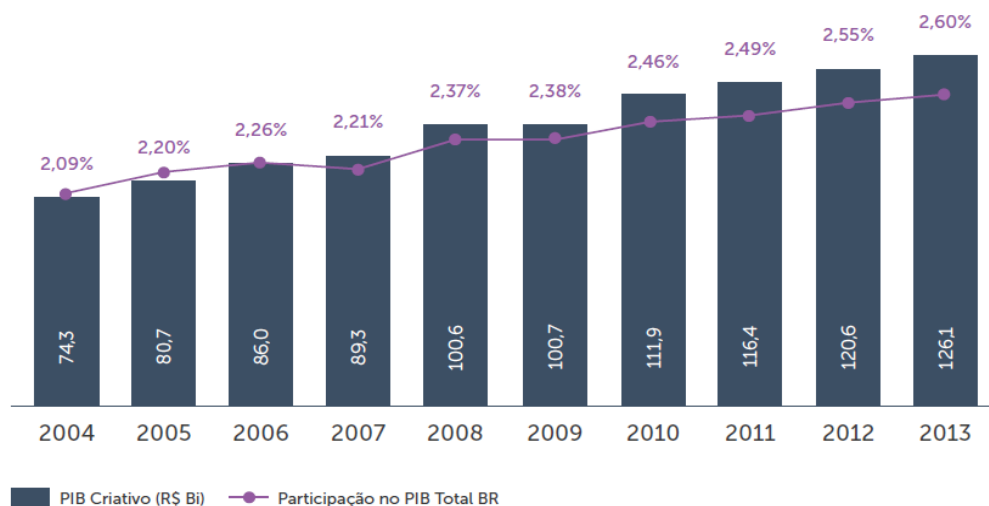
Em 2012, o Governo Brasileiro criou a Secretaria de Economia Criativa no Ministério da Cultura (SEC/MinC), tendo como missão “conduzir a formulação, a implementação e o monitoramento de políticas públicas para o desenvolvimento local e regional, priorizando o apoio e o fomento aos profissionais e aos micro e pequenos empreendimentos criativos brasileiros” (BRASIL, 2011, p. 39).

O surgimento da SEC/MinC ocorreu em um contexto em que se vislumbrava impactos positivos da economia criativa no desenvolvimento socioeconômico brasileiro, sendo que, à época, a economia criativa formal já representava entre 1,2% e 2% do PIB brasileiro e 2% a 2,5% da massa salarial formal, além de ocupar

trabalhadores que ganhavam mais e que possuíam maior grau de escolaridade que a média nacional (OLIVEIRA; ARAUJO; SILVA, 2013). Apesar da sua relevância a SEC/MinC foi extinta em 2015. Apesar da involução vivenciada a partir de 2015 nas políticas públicas culturais, a importância da economia criativa para a economia brasileira tem crescido^{iv}, fato que ensejou o direcionamento das políticas públicas ligadas às indústrias criativas adotadas em âmbito

A relevância da economia criativa para o crescimento econômico, pode ser observada por meio do mapeamento da indústria criativa realizado pela FIRJAN (2014), que revela um crescimento exponencial da participação do PIB criativo na consolidação do PIB total brasileiro, o que reforça o destaque desse campo na economia local, aumentando as possibilidades de participação de novos empreendimentos e gerando novas possibilidades de emprego e renda.

Gráfico 1: PIB criativo estimado e sua participação no PIB total brasileiro (2004 a 2013)



Fonte: FIRJAN (2014, p. 11)

A despeito das inúmeras classificações existentes, o Governo Brasileiro, por meio da Secretaria de Economia Criativa do Ministério da Cultura (SEC/MinC), reconheceu a importância da categorização e identificação dos setores criativos para a implementação de políticas públicas culturais aptas a promover o desenvolvimento

local e regional, por meio dos setores criativos no campo do patrimônio (material e imaterial), das expressões culturais (artesanato, culturas populares, culturas afro-brasileiras, arte digital), das artes e espetáculos (dança, música, circo, teatro), no campo audiovisual e literário e, por fim, no campo das criações culturais e funcionais (moda, design, arquitetura).

Pode-se dizer que Governo Brasileiro propôs um caminho a ser desenvolvido para impulsionar a atuação da economia criativa no país. A nível macroeconômico, foram propostas ações cujo objetivo era permitir a criação de uma ambiência favorável ao desenvolvimento da economia criativa, que se desdobraram em três eixos: a criação de territórios criativos, a realização de estudos e pesquisas sobre os diferentes setores criativos e sua participação na estrutura social e econômica do país e a construção/adequação de marcos legais tributários, previdenciários, trabalhistas e de propriedade intelectual adequados às especificidades dos empreendimentos/profissionais criativos brasileiros. Já a nível microeconômico, as ações propostas focaram diretamente os empreendedores criativos, sendo estabelecidos como eixos: o fomento técnico e financeiro a empreendimentos criativos, a articulação de programas de educação para o desenvolvimento de competências criativas e inovadoras e a criação e promoção de coletivos e cooperativas de profissionais criativos (BRASIL, 2011, p. 43).

A abordagem da economia criativa como instrumento promotor do desenvolvimento local também já abriu espaços no estado do Tocantins. Em reportagem veiculada na Agência Sebrae de Notícias^v, em 18 de junho de 2013, a então superintendente do Sebrae no Estado, ao analisar a importância da implantação do projeto Oficinas Criativas e Cidades Criativas nas cidades de Porto Nacional, Arraias e Araguatins, expôs o anseio do Sebrae em promover o desenvolvimento local por meio do incentivo a atividades empreendedoras vinculadas à economia criativa, apresentando a expectativa institucional de revelar um ambiente mais favorável para o candidato a empreendedor ou para quem já possui o próprio negócio, valorizando a criatividade e os saberes nas áreas de artesanato, moda, *design*, propaganda, folclore, festas tradicionais, arquitetura, tecnologia e outros, para agregar valor econômico ao capital intelectual e, a partir das oficinas, gerar oportunidades de negócio.

3. ASPECTOS DA GESTÃO DA CULTURA EM PALMAS, CAPITAL DO TOCANTINS.

Diante das inúmeras nuances apresentadas, percebe-se que a definição de cidades criativas, no que pese a sua relevância para a promoção do desenvolvimento, ainda está em fase de construção e carece de maior solidez teórica. Nesse sentido, Reis (2011, p. 24) afirma que o conceito de cidades criativas ainda apresenta contornos muito fluidos e em transformação, sendo impossível se identificar com exatidão os seus traços marcantes.

Nesse sentido, Reis e Urani (2011), apontam três características fundamentais das cidades criativas:

Uma cidade criativa é uma cidade que surpreende, que atíça a curiosidade, o questionamento, o pensamento alternativo e, com isso, a busca de soluções. Em uma cidade criativa, independentemente de sua história, condição socioeconômica e tamanho, há uma prevalência de três elementos:

1) Inovações. Inovações podem ser entendidas como criatividade aplicada à solução de problemas ou à antecipação de oportunidades. Embora a associação mais recorrente seja a inovações tecnológicas, a criatividade urbana é sustentada por inovações das mais diversas ordens, como sociais (a exemplo dos mutirões para a construção de residências na vizinhança e de outras invenções coletivas, não raro por necessidade); culturais (um produto, serviço, manifestação ou modelo de negócio original, como o Tecnobrega paraense ou o www.queremos.com.br, site de compra coletiva de espetáculos culturais) e ambientais (a criação do comércio de créditos de carbono ou o uso de pneus na pavimentação de estradas).

2) Conexões. As conexões se dão em diversas dimensões: histórica, entre o passado da cidade, que forma sua identidade e sua estratégia de futuro, desenhando a cidade que se quer ter; geográfica, entre bairros e zonas, o que é especialmente

importante nas grandes cidades, não raro fragmentadas; de governança, com a participação dos setores público, privado e da sociedade civil, cada um com seu papel muito claramente definido; de diversidades, aglutinando pessoas com distintos pontos de vista, profissões, culturas, comportamentos; entre local e global, preservando as singularidades da cidade, sem por isso se isolar do mundo.

3) Cultura. A cultura se insere na cidade criativa sob quatro formas mais visíveis: por seu conteúdo cultural *per se*, compreendendo produtos, serviços, patrimônio (material e imaterial) e manifestações de caráter único; pelas indústrias criativas, abrangendo cadeias culturais, da criação à produção, do consumo ao acesso, com impacto econômico na geração de emprego, renda e arrecadação tributária; ao agregar valor a setores tradicionais, dando-lhes diferenciação e unicidade, em um contexto mais amplo de economia criativa, a exemplo do impacto da moda sobre as indústrias têxtil e de confecções ou da arquitetura sobre a construção civil; ao formar um ambiente criativo, pela convivência de diversidades e manifestações, fonte de inspiração para olhares e ideias diferentes, em especial pelas artes. (REIS; URANI, 2011, p. 33).

Trazendo a abordagem para a realidade de Palmas, identificam-se fortes traços de criatividade na capital tocantinense. Vieira (2013), em estudo que buscou elaborar um indicador de potencial criativo para as capitais dos estados brasileiros, considerando capital humano, ambiente urbano, capital social e estrutura econômico-produtiva, apontou Palmas como a oitava capital com maior potencial criativo no Brasil, sendo a primeira entre os estados do Norte e Nordeste.

Apesar do potencial criativo relativamente alto, Palmas ainda possui limitações no campo das expressões culturais, apresentando um número reduzido de profissionais da cultura, cuja remuneração é inferior à média nacional, como se pode observar no mapeamento da Economia Criativa elaborado pela FIRJAN:

Gráfico 2: Expressões Culturais Palmas -TO



Fonte: Sistema de Consultas - FIRJAN

A realidade apresentada revela que, apesar de possuir um ambiente propício ao desenvolvimento da Economia Criativa, Palmas carece de incentivos e estratégias governamentais aptas a desenvolver o seu potencial criativo. Reis (2011, p. 26) afirma que nenhuma das condições de desenvolvimento das cidades criativas pode se cristalizar sem a construção de uma governança clara e facilitadora de uma estratégia de longo prazo, sendo que o agente catalisador das mudanças pode ser o governo (especialmente o municipal, mais próximo da sociedade), uma empresa privada ou uma organização da sociedade civil. Nesse contexto, é oportuna a análise da gestão da cultura no município de Palmas-TO.

Ao se falar em gestão da cultura pela Administração Pública, é primordial que se observe a estruturação das entidades públicas por meio de seus órgãos gestores. Nesse contexto, o órgão gestor da cultura tem sob sua responsabilidade a formulação e a implementação de uma política a partir da realidade das unidades federativas e dos municípios, não apenas em termos de sua vida cultural, mas também levando em consideração a sua realidade socioeconômica. Desta maneira, a institucionalização de um órgão oficial de cultura, seja no formato de secretaria de cultura ou como em outro modelo similar, constitui um diferencial para potencializar as funções da gestão

cultural dentro da estrutura administrativa do poder público, especialmente nos municípios (IBGE, 2015).

A institucionalização de órgãos oficiais de cultura, portanto, se apresenta como uma ação de fundamental importância para dinamizar e alavancar o desenvolvimento das atividades artístico-culturais e, conseqüentemente, ensejar um ambiente propício para a consolidação de cidades criativas. Conforme informações do Suplemento de Cultura da Pesquisa de Informações Básicas Municipais (IBGE, 2015), 5.260 municípios brasileiros (94,5%) tinham alguma estrutura organizacional para tratar da cultura em 2014, sendo que, desse total, 1.073 municípios eram dotados de secretaria exclusiva para a política cultural e 119 com órgão da administração indireta, como fundações públicas.

O município de Palmas se insere no contexto apresentado como parte do universo de 2,3% dos municípios que transferiram a gestão de suas políticas públicas culturais a entidade integrante da Administração Pública Indireta. Em um primeiro momento, a referida escolha administrativa pode parecer não envolver maiores discussões estratégicas, no entanto, é importante ressaltar que o fenômeno da descentralização, impulsionado no Brasil pela Reforma Gerencial do Decreto-lei 200/67, surgiu com o fito de trazer maior eficiência à gestão pública brasileira, concedendo mais autonomia e possibilitando a ampliação das relações estabelecidas pelos entes públicos com a sociedade civil. Canedo (2007) apresenta algumas vantagens do modelo de gestão cultural por meio de fundações:

[...] uma fundação possui ampla autonomia para buscar parcerias e recursos de terceiros no sentido de viabilizar a implantação de ações na esfera da cultura. Diferente dos órgãos públicos, que não podem selar contratos, as fundações podem gerar receitas próprias. A fundação pode obter outras rendas, além dos recursos do orçamento municipal, através da cobrança de ingressos, concessão de exploração comercial de espaços de suas instalações, doações, parcerias com a iniciativa privada e venda de publicações, cartões ou outros produtos. Essas receitas adicionais podem ser integralmente aplicadas nas

atividades da entidade. A estrutura administrativa de uma fundação confere dinamismo e agilidade na execução de projetos e programas. Os funcionários administrativos podem se especializar nas necessidades e especificidades da área de cultura, o que confere vantagens na compra de bens e serviços e organização de eventos, onde normalmente as áreas de cultura localizadas na administração direta encontram mais dificuldades ou precisam terceirizar os serviços. As ações também se tornam independentes, não estando submissas às mudanças políticas. Entretanto, vale ressaltar que, apesar da autonomia administrativa, a esfera central de poder não perde a capacidade de interferir na gestão cultural. A fundação pública está sujeita aos mecanismos de controle da prefeitura ou do governo do estado, que têm por objetivo assegurar o cumprimento das metas fixadas nos atos de criação da entidade; harmonizar sua atuação com a política e programação do Governo; zelar pela obtenção de eficiência administrativa e pela autonomia administrativa, operacional e financeira. A fundação cultural tende a se apresentar com maior visibilidade junto à população, pois fica diferenciada da prefeitura e assume uma identidade própria. A implantação de uma política cultural mais democrática e participativa encontra terreno fértil na estrutura da fundação (CANEDO, 2007, p. 23)

Outro ponto positivo identificado na gestão cultural da capital tocantinense diz respeito à sua infraestrutura, mais especificamente, à modernização dos procedimentos. Considerando que a informatização de determinados processos no setor que cuida da gestão cultural é um dos indicadores potenciais da sua capacidade técnica e administrativa (IBGE, 2015). O município de Palmas revela eficiência ao utilizar sistemas informatizados para gerenciar algumas de suas políticas públicas culturais, bem como, destaca-se ao integrar os 11,8% dos municípios brasileiros em

que o órgão gestor da cultura possui página na internet, para disponibilização de dados administrativos, eventos e atrativos culturais vinculados ao turismo.

Ainda sobre a articulação da gestão da cultura em Palmas, é oportuna a análise do papel assumido pelo plano de cultura e pelas políticas culturais nesse contexto. Segundo Barbalho (2013), pensar na dimensão política da cultura significa considerar o Art. 215 da Constituição Brasileira de 1988, que afirma que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais, o que reflete o anseio constitucional em ver na cultura um direito, assim como, postular a legitimidade de intervenções do Estado na seara criativa. Dessa maneira, a ideia da cultura como um direito deve formar a base para políticas públicas de cultura no nosso país, sendo estas compreendidas como um conjunto mais ou menos coerente de princípios (conceitos e diretrizes), objetivos (onde se quer chegar), estratégias (como alcançar os objetivos projetados), meios necessários e ações a serem realizadas (os programas e projetos concretos).

Ao mensurar a existência das políticas públicas culturais nos municípios brasileiros, o IBGE (2015) identificou que pouco mais da metade das cidades brasileiras (54,6%) possuem política pública para o setor da cultura. No Brasil, são visíveis as lacunas para o exercício da função da cultura no plano municipal, uma vez que apenas 5,9% dos municípios brasileiros possuíam plano de cultura regulamentado por instrumento legal em 2014, conforme dados da MUNIC/IBGE (2015). Palmas integra o seletor grupo de municípios dotados de um plano municipal de cultura. Trata-se da Lei 1.933, de 13 de dezembro de 2012, que instituiu o Plano Municipal de Cultura do Município para o decênio 2013-2022 e, dentre outros pontos, estabeleceu como diretrizes gerais (PALMAS, 2012):

Art. 2º O Plano Municipal de Cultura de Palmas - PMCP tem como princípio as seguintes diretrizes gerais:

- I - fortalecer o pacto federativo atuando de forma integrada e complementar com os governos Estadual e Federal;
- II - democratizar e descentralizar as ações, atuando em todas as regiões da cidade;
- III - promover a diversificação das fontes de financiamento e a descentralização dos recursos públicos para a cultura;

IV - fortalecer a importância da economia da cultura e a centralidade da cultura como fator de desenvolvimento no mundo atual;

V - solidificar as manifestações da cultura local e promover o intercâmbio cultural com outras cidades do estado e do país, valorizando a multiculturalidade de Palmas, promovendo um amplo diálogo intercultural;

VI - atuar de forma transversal com as áreas da educação, do turismo, da juventude, do planejamento urbano, do meio ambiente, da segurança pública e do desenvolvimento econômico e social e outras;

VII - consolidar o papel da cultura como um importante vetor de desenvolvimento do município de Palmas, atuando conjuntamente com outros órgãos governamentais, o setor privado e a sociedade civil;

VIII - incorporar as políticas públicas de cultura à dinâmica urbana e ao processo de desenvolvimento do município de Palmas, considerando a diversidade cultural um dos pilares fundamentais para a sustentabilidade da cidade;

IX - priorizar no orçamento municipal os recursos públicos para a cultura e buscar ampliar os investimentos para o setor através de parcerias públicas e privadas;

X - fomentar ações direcionadas à implementação de políticas públicas de cultura de forma sistemática e permanente;

XI - implementar políticas que valorizem a informação, a formação e a profissionalização de artistas, agentes e gestores culturais;

XII - implantar, manter, cuidar e ampliar os equipamentos culturais do município, organizando programações permanentes que contemplem as mais diversas áreas e manifestações culturais da cidade;

XIII - organizar a utilização dos equipamentos culturais de forma a maximizar os recursos físicos e financeiros, atuando com o

conceito de rede articulada no desenvolvimento artístico-cultural e de formação e profissionalização das diversas áreas artísticas;

XIV - avançar no processo de democratização da gestão cultural da cidade, com a consolidação do Conselho Municipal de Política Cultural de Palmas - CMPCP, dos fóruns permanentes, da Conferência Municipal de Cultura, da Plenária e do Fórum Temático do Orçamento Participativo para a Cultura;

XV - participar ativamente dos debates e da formulação das políticas públicas de cultura nos diversos fóruns, conferências, reuniões e articulações institucionais nacionais e internacionais, por meio de seu órgão gestor de cultura.

As diretrizes do plano revelam o anseio governamental de desenvolver o processo de democratização da gestão cultural da capital do Tocantins. Para tanto, dentre outras ferramentas, o Plano Municipal de Cultura faz menção à Conferência Municipal de Cultura. Canedo (2008) defende que as Conferências de Cultura são um mecanismo implantado pelo governo federal e se propõem a estimular a participação social na elaboração das políticas públicas voltadas para o setor cultural, constituindo espaços de debate e proposição de políticas, programas e ações para o campo da cultura, por representantes do poder público, da sociedade civil, das comunidades culturais, artistas, produtores, agentes e articuladores culturais. Nesse espaço democrático, as conferências municipais constituem o primeiro passo no processo de participação social, propiciando que as demandas culturais a nível local sejam conhecidas e contempladas pelas políticas públicas presentes em todas as esferas de governo.

Apesar da importância das Conferências para a formulação de políticas públicas culturais, em 2014, muitos municípios ainda não haviam realizado os encontros, sendo que, nesse contexto, o Tocantins aparece como o Estado da Federação com a menor participação de municípios nas Conferências, contando apenas com 25 cidades (16%). No entanto, segundo os dados da MUNIC/IBGE (2015), Palmas aparece em uma posição de destaque quando se trata de estruturação da gestão cultural. Se considerarmos a Região Norte, a capital tocantinense integra a minoria de 11,1% dos municípios que estabeleceram as Conferências Municipais por

meio de lei. Essa situação não apenas confirma o potencial criativo do município, como também revela uma máquina estatal que já caminha em direção à implementação de estratégias de desenvolvimento vinculadas à economia criativa.

Outro ponto de destaque da política cultural desenvolvida em Palmas diz respeito à sua posição em relação ao Indicador de Desenvolvimento da Economia da Cultura – IDECULT, elaborado pelo IPEA. Silva (2012b) defende a ideia de que o desenvolvimento implica na qualidade das distribuições do crescimento econômico e não apenas na sua quantidade, resultando em valores morais relacionados à oportunidade de viver uma vida saudável, adquirir conhecimento e outros recursos necessários para ter uma vida digna.

Ressalta-se que o IDECULT foi desenvolvido com base em dados relativamente antigos (Censo 2000/IBGE; POF 2002-2003/IBGE e MUNIC 2001/IBGE). Diante desta limitação, para que se consiga construir um panorama do desenvolvimento relacionado à economia da cultura, é necessário que se estabeleça uma comparação entre o IDECULT e outros índices e variáveis relacionadas ao desenvolvimento humano, demanda que foi atendida pelo IPEA na exposição do indicador da cultura, como se observa na tabela a seguir:

Tabela 1: Características gerais dos municípios e sua relação com os clusters do IDECULT: ótimo (0,723), bom (0,504), médio (0,378) e baixo (0,320)

Total municípios	População média	Média de anos de estudo das pessoas de 25 anos ou mais		Mortalidade de até cinco anos de idade (2000)	PIB <i>per capita</i> (2000)	Esperança de vida ao nascer (2000)	Renda <i>per capita</i> (2000)	Índice de Gini (2000)
		Taxa de alfabetização (2000)	Taxa de alfabetização (2000)					

(2000)								
					9.278,			
414	186.422	6,43	93,20	18,21	10	72,6	377,7	0,558
					6.792,			
1622	25.235	5,05	88,76	20,46	97	71,7	243,9	0,549
					3.894,			
1683	15.654	3,92	80,15	35,67	37	68,3	148,5	0,562
					1.684,			
1788	15.002	2,68	63,41	81,39	54	62,4	77,62	0,570
					5.412,		211,9	
5507	-	4,52	81,38	38,93	49	68,8	3	0,560

Fonte: IPEA, 2010, p. 86

Os dados revelam que existe uma relação direta entre o IDECULT e as variáveis consideradas na composição do IDH, ou seja, há uma tendência de que um município com alto indicador de desenvolvimento da economia da cultura tenha um elevado índice de desenvolvimento humano, fato também evidenciado nos estudos expositivos do IDECULT, onde encontramos a informação de que nos 20 municípios com menor IDECULT (concentrados nos estados do Maranhão, Piauí e Tocantins) a esperança de vida é bastante baixa, bem como a média de anos de estudos, a taxa de alfabetização e a renda *per capita*, além de apresentarem uma mortalidade infantil altíssima (57,6 na média) e possuírem equipamentos e consumidores de bens culturais em um quantitativo extremamente baixo (IPEA, 2010, p. 92).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a influência da Economia Criativa como instrumento ligado à promoção do desenvolvimento ganhou evidência a partir da apropriação dos seus

princípios pelo Plano da Secretaria da Economia Criativa, que oficializou o entendimento da diversidade cultural como um ativo indispensável para a promoção da melhoria das condições de vida da população. Nesse contexto, diante de uma ampla tipificação doutrinária, a Secretaria da Economia Criativa reconheceu a essencialidade da categorização dos setores criativos para a implementação de políticas públicas aptas a promover o desenvolvimento e estabeleceu como princípios norteadores da Economia Criativa a diversidade cultural, a inovação, a sustentabilidade e a inclusão social.

Nesse ponto, o presente estudo não apenas verificou a adoção dos princípios da Economia Criativa pelo Governo Brasileiro, como também identificou a existência de vetores e eixos de atuação que direcionam as políticas culturais no país, desde o nível nacional até a esfera local. Em relação a Palmas, os dados estatísticos observados nessa investigação científica demonstram que a capital tocantinense constitui um cenário propício para o desenvolvimento da indústria criativa e, mais especificamente, em relação à variável cultural, não apenas apresenta um modelo de gestão avançado em relação aos demais municípios do Norte do Brasil, como também se destaca em relação ao desenvolvimento humano.

A análise dos dados constantes na Pesquisa de Informações Básicas Municipais – MUNIC/IBGE revela que Palmas tem sua gestão cultural capitaneada por entidade integrante da Administração Pública Indireta, a Fundação Cultural de Palmas, fato que revela uma estratégia que proporciona autonomia financeira e administrativa ao órgão gestor, possibilitando sua maior aproximação da sociedade civil e ensejando a modernização de seus procedimentos e técnicas. Ademais, Palmas se destaca por integrar o pequeno universo nacional de 326 municípios (5,9%) que possuem um plano municipal de cultura, estruturado por meio da Lei 1.933, de 13 de dezembro de 2012.

Em relação aos princípios contidos no Plano Municipal de Cultura de Palmas (PMCP), a análise realizada revelou forte influência dos pressupostos adotados pelo Plano Nacional e defendidos pela Secretaria da Economia Criativa, constatando a existência de diretrizes como a democratização e a descentralização das ações culturais, a promoção da diversidade de fontes de financiamento, a transversalidade com outras áreas (educação, turismo, juventude, planejamento urbano, meio

ambiente, entre outras), além da incorporação formal de diretrizes da Economia Criativa, tais como a inovação, a sustentabilidade e a inclusão social.

O presente estudo também revelou que os esforços para a construção de uma gestão cultural eficiente e moderna em Palmas refletiram em posições de destaque no que diz respeito a indicadores como o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e o Indicador de Desenvolvimento da Economia da Cultura (IDECULT). A análise dos referidos índices revelou que a capital do Tocantins pertence ao grupo dos municípios brasileiros com IDECULT ótimo (0,723), além de apresentar o maior índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) da Região Norte (0,788), ocupando a oitava posição no ranking das capitais mais desenvolvidas do país. Outro índice também observado na pesquisa foi o Indicador de Potencial Criativo (VIEIRA, 2013), que, levando em consideração variáveis como capital humano, ambiente urbano, capital social e estrutura econômico-produtiva, revelou um escalonamento criativo em que Palmas ocupa a oitava posição nacional e a primeira do Norte e Nordeste, confirmando os pressupostos de existência de uma forte ligação entre o potencial criativo dos municípios e o nível de desenvolvimento humano de sua população.

Diante do exposto até aqui, é possível afirmar que a promoção da melhoria das condições de vida dos indivíduos por meio da utilização de ativos intangíveis, com destaque para a variável cultural, é uma estratégia de desenvolvimento que transcende o campo teórico e que tem sua efetividade comprovada por meio da análise de indicadores de bem-estar social como o IDECULT, o IDH e o Indicador de Potencial Criativo. Focalizando a análise na cidade de Palmas, tanto o aporte teórico que embasou este trabalho, quanto as percepções empíricas, demonstram o potencial criativo presente na realidade multicultural da capital do Tocantins. Seja no âmbito de um crescimento socioeconômico sustentável, seja na melhoria da qualidade de vida da comunidade.

REFERÊNCIAS

BARBALHO, Alexandre. **Política Cultural**. Salvador: Secretaria de Cultura da Bahia, 2013.

BAYARDO, Rubens. Cultura y desarrollo: Nuevos rumbos y más de lo mismo? In: NUSSBAUMER, Gisele Marchiori (Org). **Teorias e Políticas da Cultura: visões multidisciplinares**. Salvador: EDUFBA, 2007.

BRASIL. **Decreto 7.743, de 31 de maio de 2012.**

_____. **Plano da Secretaria de Economia Criativa: Políticas, diretrizes e ações**, 2011-2014. 1ª ed. Brasília: Ministério da Cultura, 2011. 148p.

_____. **Lei n. 12.343, de 02 de Dezembro de 2010.** Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC e dá outras providências. Disponível em <www.cultura.gov.br>.

BURITY, Joanildo. Cultura e Desenvolvimento. In: NUSSBAUMER, Gisele Marchiori (Org). **Teorias e Políticas da Cultura: visões multidisciplinares**. Salvador: EDUFBA, 2007.

CANEDO, Daniele. Secretaria da Cultura ou Fundação Cultural? In: **III ENECULT - Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura**. Salvador: UFBA, 2007.

_____. **Cultura, democracia e participação social: um estudo da II Conferência Estadual de Cultura da Bahia**. 2008. Dissertação (Mestrado) – Programa Multidisciplinar de Pós-graduação em Cultura e Sociedade, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10590/1/disertacao%20Daniele%20Canedo.pdf>. Acesso em out. 2016.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – FIRJAN. **Maapeamento da indústria criativa no Brasil**. Rio de Janeiro: Firjan, 2014.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Perfil dos Estados e dos Municípios Brasileiros: cultura/2014**. Coordenação de população e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Indicador de desenvolvimento da Economia da Cultura (IDECULT)**. IPEA. Brasília, 2010

OLIVEIRA, João Maria de; ARAUJO, Bruno Cesar de; SILVA, Leandro Valério. **Panorama da economia criativa no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

PALMAS-TO. **Lei n. 1.933, de 13 de dezembro de 2012**. Plano Municipal de Cultura de Palmas – PMCP.

REIS, Ana Carla Fonseca. Introdução. In: REIS, Ana Carla Fonseca; KAGEYAMA, Peter (orgs.). **Cidades criativas: perspectivas**. São Paulo: Garimpo de Soluções, 2011.

REIS, Ana Carla Fonseca; URANI, André. Cidades criativas – perspectivas brasileiras. In: REIS, Ana Carla Fonseca; KAGEYAMA, Peter (orgs.). **Cidades criativas: perspectivas**. São Paulo: Garimpo de Soluções, 2011.

REIS, Ana Carla Fonseca. Evolução Histórica: Da indústria criativa à economia criativa, pequeno panorama global. **Caderno de Economia Criativa: Economia criativa e desenvolvimento local**. Secretaria de Cultura do Estado do Espírito Santo, 2015.

SERRA, Neusa; FERNANDEZ, Rafael Saad. Economia criativa: da discussão do conceito à formulação de políticas públicas. **RAI – Revista de Administração e Inovação**, São Paulo, v. 11, n. 4, p. 355 – 372, out./dez. 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia de Letras, 2000.

SILVA, Francisco Raniere Moreira da. As relações entre cultura e desenvolvimento e a economia criativa: reflexões sobre a realidade brasileira. **Revista NAU Social**, v. 3, n. 4, p. 111-121, maio/out2012a.

SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. Desenvolvimento e cultura – linhas gerais para um mapeamento conceitual e empírico. **Revista Latitude**, vol. 6, nº2, pp.85-118, 2012b.

UNESCO. **Creative economy**: report 2010. Nova York: United Nation, 2010.

VIEIRA, Carolina Bilha. **Economia criativa: índice potencial criativo das capitais brasileiras**. Monografia (Bacharelado em Economia) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.

YÚDICE, George. **A conveniência da cultura: Usos da cultura na era global**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

ⁱ Lei 12.343, de 2 de dezembro de 2010, que institui o Plano Nacional de Cultura - PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências.

ⁱⁱ Lei n. 1.933, de 13 de dezembro de 2012, que institui o Plano Municipal de Cultura de Palmas – PMCP.

ⁱⁱⁱ Disponível em: http://www.unesco.org/new/pt/brasil/about-this-office/single-view/news/belem_salvador_and_santos_become_part_of_unesco_creative_cities_network/#.V9A7Aa1SHm8

^{iv} Em reportagem publicada pela Agência de Notícias do Senado Federal, em agosto de 2015, verifica-se que os setores ligados à economia criativa já empregam 810 mil pessoas por meio de mais de 240 mil empresas e movimentam por ano cerca de R\$ 110 bilhões no Brasil, o que equivale a 2,7% do produto interno bruto brasileiro. Notícia disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/05/com-receita-anual-de-R-110-bi-economia-criativa-demanda-maior-atencao-oficial>

^v Agência Sebrae de Notícias. Economia Criativa chega a três municípios de Tocantins. Disponível em: <http://www.to.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/TO/economia-criativa-chega-a-tres-municipios-de-tocantins,49213f316eb06410VgnVCM1000003b74010aRCRD>