



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do
DIREITO PÚBLICO



REITOR

Prof. Dr. Sérgio Carlos de Carvalho

VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfier

Diretora de Pós-Graduação: Prof.^a.Dr.^a Maria Helena Pelegrinelli Fúngaro

Diretor de Pesquisa: Prof. Dr. Fábio de Oliveira Pitta

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof.^a. D.^a Tânia Lobo Muniz

Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno

Chefe do Departamento de Direito Público: Profa. Ms. Nélia Edna Miranda Batisti

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: Prof.^o. Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina.
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito
Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. –
Londrina: UEL, 2018-.
v. ; 29 cm.
Quadrimestral.
Descrição baseada em: v. 13, n.3, set/dez. (2018).
ISSN: 1980-511X (on line).
1. Direito Público – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina.
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público.
Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.
CDU 342

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos,
cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos
desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em: LivRe (Brasil), Doaj (Suécia), Latindex (México), SHERPA RoMEO
(Inglaterra), Portal de Periódicos CAPES (Brasil), WorldCat (EUA), TULIPS-Linker
(Japão), Aladin (EUA), New Jour (EUA), BASE(Alemanha).

Disponível nos catálogos digitais das bibliotecas: HKU Librarie (Hong Kong), Charles
University (Rep. Checa), Gorky St. Petersburg State University (Rússia), Hebrew
University of Jerusalem (Israel), Miami University Libraries (EUA), Yale University
(EUA), Universidad Nacional Autónoma de México(México), Universidade do Porto(Portugal),
University of Tsukuba (Japão).



Revista do
DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980551-X

MESTRADO EM DIREITO
NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



ISSN 1980-511X (eletrônico)
Revista do Direito Público da UEL
Volume 13, número 3, dezembro 2018

EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS

Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Eduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)
Francisco Emílio Baleotti - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Irene Patrícia Nohara - Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG)
Maria Auxiliadora Minahim - Universidade Federal da Bahia (UFBA/BA)
Tânia Lobo Muniz - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Thais Bernardes Maganhini - Universidade Federal de Rondônia (UNIR/RO)
Wilson Engelmänn – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS)

PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS

Ana Paula Coelho
Anderson Teixeira
Carlos Bolonha
Carlos de Assis
Carlos Mauricio de Araújo
Carlos Ramos
Cláudio Lopes
Dirce Ferreira
Eleonora Ceia
Emanuela Lacerda
Francisco Silva Neto
Gustavo da Oliveira
Gustavo Machado
Marcelo Soares
Marcia de Souza
Nelson Pinto
Patrícia Baptista
Sonilde Lazzarin
Teófilo Leão Junior
Vanya Spagolla
Vinicius Carvalho

Minas Gerais
Rio Grande do Sul
Rio de Janeiro
São Paulo
Distrito Federal
Rio de Janeiro
Mato Grosso do Sul
Espírito Santo
Argentina
Santa Catarina
Pernambuco
Rio de Janeiro
São Paulo
Rio de Janeiro
Rio de Janeiro
Rio de Janeiro
Rio de Janeiro
Rio Grande do Sul
São Paulo
Paraná
São Paulo

ASSESSORIA TÉCNICA
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

Bruna Faria, Gabriela Amorim Paviani, Gabriella Sávio França, Juliana
Carvalho Pavão, Laudicena Ribeiro, Mylena de Souza Santos, Natali Silvana
Zwaretch, Luiz Gustavo Campana Martins, Pedro Henrique Amaducci
Fernandes dos Santos, Raíssa Fabris de Souza e Roberta Carolina de Afonseca e Silva.

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO DOCENTE: ANÁLISE CRÍTICA DAS ALTERAÇÕES NO AMBIENTE DE TRABALHO PRODUZIDAS NO ENSINO SUPERIOR A DISTÂNCIA	10
THE PRECARIOUSNESS OF THE PROFESSOR’S WORK: CRITICAL ANALYSIS OF THE CHANGES IN THE WORKPLACE PRODUCED IN HIGHER EDUCATION DISTANCE	
<i>Lourival José de Oliveira e Tamires Souza de Almeida</i>	
DESCLASSIFICAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO TENDO POR BASE LIMITAÇÕES DE EXAMES MÉDICOS.....	24
THE CANDIDATE DISQUALIFICATION APPROVED IN PUBLIC TENDER FOR TAKING EXAMS LIMITATIONS OF BASIC MEDICAL	
<i>Diego Miranda Esteves e Luciana Gaspar Melquíades Duarte</i>	
BALCÃO ÚNICO PARA OS ‘PRIMEIROS A TOCAR O SINO’ EM ACORDOS GLOBAIS DE LENIÊNCIA.....	41
SINGLE BALCONY FOR THE ‘FIRST TOUCHING THE BELL’ IN GLOBAL LENIENCE AGREEMENTS	
<i>Michel Angelo Constantino Oliveira e Dany Rafael Fonseca Mendes e Gabriel Paes Herrera</i>	
ANÁLISE DAS COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS MUNICIPAIS SOBRE O ENFOQUE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL.....	56
ANALYSIS OF MUNICIPAL LEGISLATIVE COMPETENCES ON THE MANAGEMENT PUBLIC ADMINISTRATION APPROACH	
<i>Érika Loureiro Borba e Fabrício Molica de Mendonça e Valquíria Marina Santos Rodrigues</i>	
A CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE DE CUSTO-BENEFÍCIO NA AVALIAÇÃO DA EFICIÊNCIA DE REGRAS FUNDIÁRIAS DO DISTRITO FEDERAL.....	72
THE CONTRIBUTION OF COST-BENEFIT ANALYSIS IN THE EVALUATION OF THE EFFICIENCY OF PUBLIC LAND RULES OF DISTRITO FEDERAL	
<i>Marco Tulio Chaves Oliveira e Benjamin Miranda Tabak</i>	
A “TERCEIRIZAÇÃO” NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O USO DO DIREITO E DA LINGUAGEM JURÍDICA NO CONTEXTO DO RE Nº 760.931/DF	91
THE “OUTSOURCING” IN THE PUBLIC SECTOR: THE USE OF LAW AND LEGAL MEANINGS OF WORDS IN THE CONTEXT OF THE EXTRAORDINARY APPEAL Nº. 760.931/BRAZILIAN FEDERAL DISTRICT	
<i>Alessandra Marchioni e Daniel Miranda Borba</i>	
RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: REFLEXÕES SOBRE SUSTENTABILIDADE, COMPENSAÇÃO E PREVENÇÃO	111
ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY: UNDERSTANDINGS ABOUT SUSTAINABILITY, COMPENSATION AND PREVENTION	
<i>Renato Augusto dos Santos e Deilton Ribeiro Brasil</i>	
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL BRASILEIRA E OS DESAFIOS PARA PROSEGUIR NA SUA IMPLEMENTAÇÃO.....	130
BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION AND THE CHALLENGES TO PURSUE IN ITS	

IMPLEMENTATION

Lara Caxico Martins Miranda e Marlene Kempfer

COOPERATIVISMO DE CRÉDITO: UMA ALTERNATIVA DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO153

CREDIT COOPERATIVISM: AN ALTERNATIVE TO SOCIOECONOMIC DEVELOPMENT

Eduardo Silveira Frade e Márcio Luís de Oliveira

RESPONSABILIDADE CORPORATIVA COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO.....175

CORPORATE RESPONSIBILITY AS A TOOL FOR SOCIO-ECONOMIC DEVELOPMENT

Jeferson Sousa Oliveira e Marcelo Benacchio

RESENHA | REVIEWS.....189

REFORMA ADMINISTRATIVA E BUROCRACIA.....189

ADMINISTRATIVE REFORM AND BUREAUCRACY

Beatriz Scherpinski Fernandes

CIDADANIA INSURGENTE: DISJUNÇÕES DA DEMOCRACIA E DA MODERNIDADE NO BRASIL.....192

INSURGENT CITIZENSHIP: DISMUNICATIONS OF DEMOCRACY AND MODERNITY IN BRAZIL

Gabriel Moraes Outeiro

EDITORIAL

Apresentamos uma nova edição da Revista do Direito Público.

Esta edição, nº. 3, do volume 13, é constituída por textos elaborados por autores de nosso estado do Paraná e de todo Brasil, com temas de Direito do Trabalho, Direito Constitucional, Direito Concorrencial, Direito Civil, Direito Ambiental, Direito Administrativo e Direito Econômico,

No tocante ao Direito do Trabalho, o estudo “*A precarização do trabalho docente: análise crítica das alterações no ambiente de trabalho produzidas no ensino superior a distância*”, possui como ponto de partida a investigação das mudanças do ambiente de trabalho, primordialmente decorrente do emprego de novas tecnologias. Deste modo, buscou-se a análise das alterações no mercado de trabalho brasileiro e a precarização do trabalho docente no ensino superior a distância no país.

Por sua vez, quanto ao Direito Constitucional, o artigo intitulado “*Desclassificação de candidato aprovado em concurso público tendo por base limitações de exames médicos*”, possui como escopo o estudo dos limites de exames médicos como a causa de desclassificação de candidato aprovado em concurso público. Assim, o estudo aponta a importância da existência de um embasamento legal para sua solicitação, bem como quanto a essencialidade da aplicação da Teoria dos Princípios e a Teoria da Argumentação Jurídica nessa problemática.

No campo do Direito Concorrencial o artigo “*Balcão único para os ‘primeiros a tocar o sino’ em acordos globais de leniência*” expõe os problemas causados pela conduta de acordos ilegais entre “concorrentes” de mercado, os chamados cartéis. Em consequência dessa conduta socialmente indesejada, o trabalho analisa o tratamento destinado por diferentes países em programas de leniência, incluindo nesse rol a senha para o primeiro denunciante. Assim sendo, mais a frente, o estudo aponta o excesso de jurisdições para acordos de leniência, o qual, em âmbito mundial, gera ineficiências ao sistema de defesa da concorrência

No que diz respeito ao Direito Administrativo, o estudo “*Análise das competências legislativas municipais sobre o enfoque da administração pública gerencial*” investiga as contribuições da administração pública gerencial nos processos de execução das competências legislativas municipais. A pesquisa objetiva demonstrar que para garantir uma prestação de serviços públicos efetivos é preciso ir além da redefinição da atuação dos municípios, sendo necessário um melhor repasse de verbas para a efetivação de suas competências.

No âmbito do Direito Econômico, o artigo “*A contribuição da análise de custo-benefício na avaliação da eficiência de regras fundiárias do distrito federal*” propõe avaliar a eficiência de algumas regras do Plano Diretor do Ordenamento Territorial (PDOT) do Distrito Federal, sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED). Nesse diapasão, o trabalho

analisa as implicações práticas dessas normas no comportamento dos habitantes dessa unidade federativa, considerando o contexto da política pública de terras.

Também com pauta no Direito do Trabalho, o artigo “*A “terceirização” na administração pública: o uso do direito e da linguagem jurídica no contexto do RE nº 760.931/DF*” indica alguns dos principais elementos da teoria e da prática da “terceirização”, visando analisar as condições laborais do trabalhador, compreendida sob a forma de contratos de gestão ou termos de parcerias para a execução de atividades-meio. A pesquisa analisa o contexto histórico normativo de resultados, tanto do ponto de vista da extensão, quanto da ampliação de seus conteúdos.

No que tange ao Direito Civil e Direito Ambiental, o artigo “*Responsabilidade civil ambiental: reflexões sobre sustentabilidade, compensação e prevenção*” analisa a responsabilidade civil à luz do paradigma da sociedade de risco, caracterizada pelo avanço tecnológico e, principalmente, pelos efeitos colaterais negativos daí advindos. Neste escopo, o trabalho possui como enfoque a sustentabilidade, estudando a necessidade de respostas no plano da reparação dos danos, em que o Direito, como mecanismo de organização, solução e administração de controvérsias, tem a importante função de responder a tais desafios.

Do mesmo modo, possuindo como base o Direito Administrativo, o artigo “*Administração pública gerencial brasileira e os desafios para prosseguir na sua implementação*”, discute as necessidades de se implantar no âmbito público um novo modo de gestão, com descentralização das atividades prestadas pelo Estado

Ainda no âmbito do Direito Constitucional e Administrativo, o artigo “*Cooperativismo de crédito: uma alternativa de desenvolvimento socioeconômico*” realiza uma reflexão sobre a necessidade de implementação de políticas públicas adequadas para estimular e viabilizar de modo eficiente o cooperativismo de crédito.

Deste modo, a pesquisa perpassa pelo reconhecimento da importância do cooperativismo de crédito como instrumento de desenvolvimento socioeconômico.

No que se relaciona com o Direito Econômico, o trabalho “*Responsabilidade corporativa como ferramenta de desenvolvimento socioeconômico*” busca averiguar a amplitude e a essencialidade da responsabilização das companhias em decorrência do exercício de sua atividade, considerando a evolução comercial decorrente do desenvolvimento do capitalismo e do advento da globalização.

Nesta edição, a revista conta ainda com duas resenhas. A primeira examina a obra “*Reforma Administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*”, de Irene Patrícia Nohara. E a segunda, trata da obra “*Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*” de James Holston.

Esperamos que apreciem a leitura de nosso terceiro volume deste ano e que as pesquisas divulgadas aqui fomentem novos estudos.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

**A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO DOCENTE: ANÁLISE
CRÍTICA DAS ALTERAÇÕES NO AMBIENTE DE TRABALHO
PRODUZIDAS NO ENSINO SUPERIOR A DISTÂNCIA**

THE PRECARIOUSNESS OF THE PROFESSOR'S WORK: CRITICAL
ANALYSIS OF THE CHANGES IN THE WORKPLACE PRODUCED
IN HIGHER EDUCATION DISTANCE

Lourival José de Oliveira*
Tamires Souza de Almeida**

* Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC-SP). Docente do Programa de Mestrado da Universidade de Marília. Docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina. Advogado. E-mail: lourival.oliveira40@hotmail.com

** Graduanda em Direito na Universidade Estadual de Londrina. E-mail: tsalmeida92@gmail.com

Como citar: OLIVEIRA, Lourival José de; ALMEIDA, Tamires Souza de. A precarização do trabalho docente: análise crítica das alterações no ambiente de trabalho produzidas no ensino superior a distância. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 10-23, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p. 10. ISSN: 1980-511X

Resumo: A presente pesquisa aborda, utilizando-se do método dedutivo e como meio de pesquisa o levantamento bibliográfico, a precarização do trabalho docente no ensino superior a distância no Brasil, acarretada, principalmente, pelas mudanças no seu ambiente de trabalho produzidas em parte pelo emprego de novas tecnologias. A não regulamentação dessa forma específica do trabalho justifica o seu estudo, sendo que o emprego das novas tecnologias inseridas nesse meio laboral trouxe consequências danosas, podendo ser afirmado que ocorreram grandes mudanças na maneira da prestação do trabalho. Conclui-se que o trabalho do professor no ensino superior a distância encontra-se em processo de desumanização, carecendo de uma regulamentação específica que seja suficiente para preservar a dignidade humana. Enquanto isso não acontece, as decisões judiciais sobre a matéria deverão buscar, nos princípios norteadores do Direito do Trabalho e do Direito Ambiental do Trabalho, os parâmetros de proteção ao trabalho docente inserido nesse processo.

Palavras-chave: Ambiente de trabalho. Ensino a distância. Precarização. Trabalho docente.

Abstract: This paper utilized the deductive method as a means

for researching the precariousness of a professor's workplace as long-distance learning is modifying Brazil's colleges. This paradigm shift in the workplace is a direct result of advancements in new technologies. Furthermore, there are non-existent legal regulations for this specific form of work as analyzed by this study. Moreover, the use of new technologies embedded in the workplace can create harmful consequences, as major changes in the workplace is directly associated with employees' work performance. This paper concludes that professors in long-distance learning are suffering a process of dehumanization, as there lacks specific rules sufficient to preserve human dignity. In the meantime, judicial decisions should, with the guiding principles of labor law and environmental Law, protect those most vulnerable in this process.

Keywords: Education distance. Precariousness. Professor's work. Work environment.

INTRODUÇÃO

As mudanças ocorridas no ambiente de trabalho do docente, em face do emprego das novas tecnologias de informação e comunicação, trouxeram consequências significativas a essa categoria de trabalhador, principalmente no que tange ao docente da modalidade de ensino a distância, modalidade essa que tem cada vez mais adesão das instituições de ensino superior.

Esse tema merece atenção especial, pois não há tratamento específico e adequado na legislação brasileira protegendo o docente que leciona a distância bem como em seu ambiente laboral, sendo que a regulamentação da prestação dessa modalidade de trabalho está limitada ao contrato firmado entre empregado e empregador.

Dessa maneira, pretende-se demonstrar a necessidade de tal regulamentação devido à precarização acarretada pelo uso nocivo das novas tecnologias inseridas em seu meio ambiente de trabalho. Não quer dizer que apenas nessa modalidade de trabalho esteja ocorrendo a erosão das principais formas de proteção social. Aqui, destaca-se uma extrema extração de lucro em desacordo com a retribuição destinada ao prestador de serviço.

Para tal demonstração, a presente pesquisa apresentará os procedimentos na execução dessa modalidade de trabalho e consequências danosas provocadas ao docente, cabendo citar, a título de exemplo, a não preparação metodológica e pedagógica do professor para lecionar através de novas tecnologias de informação e comunicação.

Será analisado também o acúmulo de atividades do docente, bem como a dúvida sobre a titularidade do direito patrimonial sobre os conteúdos produzidos pelo professor e o uso indiscriminado da obra pela instituição de ensino.

Por fim, serão apresentadas propostas dirigidas à regulamentação do ambiente laboral do ensino a distância, a fim de minimizar e, até mesmo, extinguir os principais agentes de precarização da atividade docente nessa modalidade de ensino.

Para desenvolver este estudo, fez-se um levantamento bibliográfico na área jurídica que envolveu o ambiente de trabalho no ensino a distância, não se circunscrevendo apenas a conteúdos jurídicos como também administrativos e econômicos, o que caracterizou o artigo como um estudo multidisciplinar. Apropriou-se do método dedutivo e ao final foram apresentadas propostas de proteção à referida modalidade de trabalho.

1 AS NOVAS TECNOLOGIAS DE EMPREGADAS NO AMBIENTE DE TRABALHO DOCENTE DO ENSINO SUPERIOR A DISTÂNCIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A inserção das chamadas “novas tecnologias de informação e comunicação” acarretou também consequências danosas à atividade docente do ensino superior a distância no Brasil. Tal resultado foi devido ao seu uso inadequado, levando ao possível acúmulo de atividades bem como à exploração imprópria dos direitos autorais desse profissional.

Em uma sociedade cada vez mais tecnológica deve-se reconhecer a necessidade em incluir nos currículos escolares habilidades para o manuseio de novas tecnologias, não podendo ser ignorado o elemento tecnológico na educação, por considerar que no emprego das novas tecnologias a quantidade de informações trocadas leva também à produção de conhecimento (MERCADO, 2002, p. 11).

Dessa maneira, não se pode negar o enriquecimento que a tecnologia trouxe e traz para a educação básica e superior, pois ela estende a busca pelo conhecimento além das salas de aula, bem como estreita a relação física e virtual entre professores e alunos (PARCIANELLO; KOZEN, 2016). Constata-se que a rede mundial de computadores gerou e impulsionou novas formas de interação e comunicação e, conseqüentemente, influenciou diretamente no ambiente de trabalho do professor e em suas práticas pedagógicas (RIBAS, 2008).

As novas tecnologias de informação e comunicação são as que mais estão presentes nas atividades comuns do cotidiano, de maneira direta ou indireta. O ambiente de ensino faz parte dessa realidade, afetando significativamente aqueles que dele se utilizam e ao mesmo tempo estão inseridos no contexto desse novo ambiente de trabalho (OLIVEIRA NETTO, 2010, p. 43), de maneira que esse profissional da educação precisa aprender a ser professor manuseando esses meios tecnológicos com uma pedagogia diferente, não se tratando apenas do uso do técnico dos recursos disponíveis, mas de seu uso pedagógico (LAPA; PRETTO, 2010).

Faz-se necessário, então, que alunos e professores possuam capacidade avaliativa e procedimental diante da variedade de recursos tecnológicos, principalmente os de informação e comunicação, tendo em vista que a celeridade de produção de novas tecnologias pede um aprendizado contínuo para utilizá-las (OLIVEIRA NETTO, 2010, p. 44).

Destarte, esse profissional da educação deve ter uma preparação técnica e pedagógica para lidar com as novas tecnologias de comunicação e informação em seu ambiente de trabalho, de maneira que sem o conhecimento técnico não será possível inserir ideias pedagógicas inovadoras, e sem o conhecimento pedagógico os recursos tecnológicos correm o risco de serem subutilizados (MELO; ANTUNES, 2002, p. 74).

Como não bastasse seu despreparo pedagógico, devido à mercantilização da educação, o docente é uma das tantas categorias atingidas pela tendência polivalente que o mercado exige, bem como pela invasão das novas tecnologias de comunicação e informação em seu ambiente de trabalho.

Além de despender tempo preparando aulas e para a atualização de seu conhecimento profissional, o professor precisa saber manusear aparatos tecnológicos para preparar suas aulas com a qualidade exigida pelo empregador (ALMEIDA, 2008, p. 79). Nesse sentido, a figura desse empregado polivalente, nas palavras de Almeida (2008), pode ser descrita da seguinte maneira:

Esse predomínio de padrões flexíveis (toyotismo) produziu uma demanda para o desenvolvimento de habilidades cognitivas e comportamentais, supostamente capazes de garantir a empregabilidade. O trabalhador sob essa lógica deve ter a capacidade de: análise, síntese, estabelecimento de relações, rapidez de respostas e criatividade diante de situações desconhecidas, comunicação clara e precisa, interpretação e uso de diferentes formas de linguagem, capacidade para trabalhar em grupo, gerenciar processos, eleger prioridades, criticar respostas, avaliar procedimentos, resistir a pressões, enfrentar mudanças permanentes, aliar raciocínio lógico-formal à intuição criadora, estudar continuamente, e assim por diante (ALMEIDA, 2008, p. 79).

Posto isso, pode-se afirmar que é exigida do professor de ensino a distância uma qualificação maior do que o necessário para o exercício de sua função, já que além de sua especialidade docente é analisada sua habilidade no manuseio da tecnologia (ALMEIDA, 2008, p. 88).

Outra questão a ser discutida é sobre os direitos autorais dos professores conteudistas, pois em algumas instituições, os professores são instruídos a disponibilizarem o material escrito para os alunos acessarem a qualquer tempo, sem que ele tenha direitos sobre a aula por ele preparada (ALMEIDA, 2008, p. 87).

Os autores dos textos que servirão de base para a exposição das aulas são os professores conteudistas que, em sua grande maioria, são remunerados pelo trabalho intelectual desenvolvido somente uma única vez (WACHOWICZ, 2016), sendo que a utilização e principalmente a reprodução desse material ficará “eternizada” pela sua disponibilização na rede mundial de computadores.

No entanto, referente aos conteúdos elaborados para as aulas a distância, o que está em discussão é a disponibilidade dos direitos patrimoniais do docente sobre sua obra intelectual, tendo em vista que os direitos morais, inerentes à personalidade, são indisponíveis. Nesse âmbito, a situação do profissional da educação é claramente descrita nas palavras de Wachowicz (2016):

Inobstantemente, a proteção pelo Direito Autoral, denota-se uma fragilidade na relação jurídica que se estabelece entre o professor conteudista e a empresa de EAD, na medida em que, o conteúdo criado poderá ser replicado durante anos para milhares de pessoas, isto sem que o professor conteudista tenha participação econômica, ou ainda, sem que tenha condições de mensurar como se opera a utilização da sua criação visto que, muitas vezes nunca mais será contatado pela empresa de EAD. Tais questões são relevantes e devem estar previstas no contrato para perfeita tutela dos direitos autorais envolvidos na produção, distribuição e comercialização do material de EAD.

Embora o professor autor possa dispor, por meio contratual, seus direitos patrimoniais apresentando cláusulas que abordam quanto ao uso, fruição, disponibilidade, cessão ou licença para a comercialização de sua obra, a legislação ainda é frágil no regramento dos direitos autorais dos docentes da modalidade ensino a distância (WACHOWICZ, 2016).

Sendo assim, conclui-se que é urgente a regulamentação dessa matéria, a fim de proteger os direitos que o professor tem sobre sua obra, bem como punir pessoas que usufruem indevidamente dela, evitando, dessa maneira, a precarização de seu digno trabalho.

2 A PRECARIZAÇÃO ACARRETADA PELAS MUDANÇAS NO AMBIENTE DE TRABALHO DO DOCENTE DO ENSINO SUPERIOR A DISTÂNCIA

Em que pese não existir regulamentação específica protegendo o docente do ensino superior a distância, a Magna Carta não deixou de contemplar a sua proteção, considerando que ainda sob o aspecto da sua eficácia contida, defende-se a aqui a sua plena eficácia.

A Constituição Brasileira (BRASIL, 1988) em seu artigo 7º, inciso XXVII, garantiu ao trabalhador a proteção em face da automação, com fundamento nos valores sociais do trabalho, pilares do Estado Democrático de Direito, e na dignidade da pessoa humana, considerada com uma das maiores finalidades da constituição (JOSÉ FILHO, 2016).

Considerando que o trabalho humano está elencado no rol de direitos e garantias fundamentais não se pode ignorar o caráter principiológico e impositivo de tais normas, de maneira que cabe ao Estado intervir na esfera econômica para que referidos direitos sejam efetivamente exercidos e contemplados (ALVES, 2016). O contido no inciso XXVII, artigo 7º, protege o trabalhador do desemprego acarretado pela automação, tendo em vista que o direito ao emprego é um bem jurídico tutelado pelo ordenamento brasileiro, bem como protege sua saúde física e mental pelo uso nocivo de tecnologias, visando um ambiente minimamente adequado (JOSÉ FILHO, 2016).

A automação não afetou somente o meio industrial, mas também o educacional, ambiente em que o professor dispõe de sua energia física e intelectual, tendo em vista que a educação não é pensada somente como direito de todos a fim formar cidadãos críticos, mas geralmente é vista como um serviço ou bem econômico que gera lucro (LAPA; PRETTO, 2010, p. 79-97).

No sistema de ensino a distância dentre os vários profissionais envolvidos em seu desenvolvimento, está o docente, que desenvolve e elabora os conteúdos a serem ministrados, e o tutor, que media a comunicação dos conteúdos entre professores e alunos (LAPA; PRETTO, 2010, p. 79-97).

Pode-se inferir, então, que o ambiente de trabalho virtual utilizado nessa modalidade de ensino acarretou, além do acúmulo e atividades, o desemprego e a precarização da atividade docente, tendo em vista o desvirtuamento das principais finalidades educacionais, que no caso,

seriam a formar pessoas com pensamentos independentes e críticos e não somente gerar lucro.

O trabalho docente, principalmente na rede pública de ensino, também foi atingido pela instabilidade e insegurança presentes nas atuais relações trabalhistas, as quais podem ser observadas pela infraestrutura deficiente, recursos e materiais escassos e o aumento de contratos de trabalho temporários (MOURA, 2009).

Ademais, com a mercantilização da educação houve a necessidade de aumento do trabalho docente em qualidade, extensão e intensidade, pois do ponto de vista do capital, os professores precisam ser mais produtivos no que se refere a aulas, publicações, projetos e patentes. (BOSI, 2011).

Nesse contexto, aliado ao salário baixo, o professor se submete a uma rotina de trabalho demasiadamente carregada com a finalidade de proporcionar para si e sua família uma vida digna (MOURA, 2009). Na modalidade de ensino a distância não é diferente a situação dessa categoria de trabalhadores, tendo como exemplo o aumento da carga de trabalho e o “empobrecimento” do intermédio pedagógico por meio da atuação da tutoria (NEVES; FIDALGO, 2016).

É sabido que na modalidade de ensino a distância professores e alunos não possuem a experiência necessária para o uso das novas tecnologias de informação e comunicação, como também não há formação adequada dos docentes para manejar as metodologias de ensino por meio do ambiente virtual de trabalho (LAPA; PRETTO, 2010). Além disso, no Brasil a infraestrutura de comunicação de péssima qualidade como falta de equipamentos e velocidade de conexão baixa, o que dificulta a comunicabilidade de um ponto a outro (LAPA; PRETTO, 2010).

Como se pode observar, a modalidade de ensino a distância não é oferecida com o objetivo de democratizar a educação e facilitar o acesso a ela, e sim de gerar lucro utilizando a exploração da prestação de serviços de profissionais desvalorizados.

3 PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO DA REGULAÇÃO DO AMBIENTE DE TRABALHO DO DOCENTE DO ENSINO SUPERIOR A DISTÂNCIA

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação nº. 9.394/96 traz em seu artigo 80 (BRASIL, 1996) os mecanismos de controle da modalidade de educação a distância e a indicação de quem pode oferecer esse serviço (MOURA, 2009). Todavia, não estabelece os parâmetros a serem seguidos na construção do ambiente de trabalho adequado para que o professor desenvolva suas aptidões profissionais no meio virtual.

Entretanto, o inciso VI do artigo 67 da mesma Lei expressa que os sistemas de ensino devem promover a valorização do professor e assegurar condições adequadas de trabalho (BRASIL, 1996). O Decreto nº 5.622 de 19 de dezembro de 2015 que regulamenta o artigo 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu inciso X, do artigo 12, expressa que as instituições que oferecem o ensino a distância deverão apresentar uma descrição detalhada dos serviços e suporte e infra-estruturas adequados para a realização do projeto pedagógico (BRASIL, 2015).

Nesse contexto, para que a educação a distância seja fornecida são necessárias instalações físicas e tecnológicas apropriadas para que se tenha um ambiente de trabalho equilibrado para o docente exercer sua profissão com excelência.

Entretanto, não há legislação trabalhista e ou educacional regulando a relação laboral do docente do ensino a distância no sentido de dar tratamento às condições específicas dessa modalidade de trabalho. Por isso, infere-se que algumas matérias carecem de regulação como: o tempo à disposição do professor; repouso semanal; número de alunos por tutor virtual; local de trabalho; quantidade, extensão e tempo de avaliação das atividades desenvolvidas; forma de remuneração; direitos autorais; e despesas com equipamentos tecnológicos (BARROS, 2006).

Haja vista que a modalidade de ensino a distância tem cada vez maior adesão de interessados, não se pode ignorar a importância das consequências que ela trouxe aos trabalhadores que dela dependem, entre eles o professor. Por isso, Farias (2006) expõe algumas diretrizes para regulamentar as tarefas desse profissional:

1. elaboração de material deverá ser remunerada como hora-atividade já estabelecida na carga horária semanal do professor ou poderá se constituir em tarefa específica que deve ser previamente “negociada” com a instituição. Neste caso pode-se trabalhar como parâmetro o estabelecido no direito autoral;
2. para o acompanhamento aos alunos tanto na solução das dúvidas/explicações complementares ou nos momentos de avaliação é necessário que este tempo seja estabelecido e remunerado pelo número de horas-aula necessárias. Esta carga-horária deve estar integrada à carga horária semanal do professor ou a hora-aula deverá ter valores diferenciados, considerando-se o curso de curta duração;
3. gravação de vídeos: a remuneração poderá ser por hora-atividade ou por tarefa específica. Deve-se levar em conta, neste caso, o direito de imagem.

A Convenção Coletiva de Trabalho poderá ser um instrumento regulamentador do exercício dessa atividade, e Farias (2006) aponta questões que poderiam ser discutidas pela negociação coletiva:

- jornada de trabalho – jornada nuclear, previamente definida por contrato - contrato por uma carga horária semanal, nos mesmos moldes e parâmetros;
- horário de trabalho – flexível, agenda de trabalho previamente definida com a instituição de ensino onde constariam datas/horários de presença do professor na instituição;
- comunicação – as formas de comunicação entre professor e instituição e professor e aluno devem se dar, preferencialmente, por correio eletrônico, *pager*, fax ou caixa postal telefônica; a comunicação não deve ser feita pelo telefone, seja residencial, seja pessoal do professor;
- direitos autorais – devem ser previamente estabelecidos pelas partes, no que

dizem respeito à utilização dos materiais elaborados e da imagem do professor, ou no silêncio; presume-se que não podem ser reutilizados pela instituição sem prévia autorização do professor;

- hora-atividade – em percentual sobre a carga horária contratual, podendo ser a forma de contemplar a disponibilidade do professor. Quanto mais próxima da realidade for a norma fixada menor a possibilidade de vulnerabilidade contratual. Somente reconhecendo esta diversidade é possível garantir a proteção dos professores.

Exemplificando, o Sindicato dos Professores do Rio Grande do Sul e o SINPRO/RS e o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino de 1 e 2 Graus – SINEPE/RS (2013) celebraram, a fim de regular a situação de seus professores do ensino básico, uma Convenção Coletiva de Trabalho que trouxe as seguintes cláusulas para modalidade de educação a distância:

35. PROFESSORES DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA

Os estabelecimentos de ensino que ofertam cursos/disciplinas na forma “a distância” remunerarão os docentes que neles atuarem de acordo com as especificidades desta oferta, considerando a elaboração dos materiais, a docência propriamente dita e o atendimento aos alunos.

Parágrafo 1º – Os equipamentos de multimídia utilizados pelos docentes na execução de planos de trabalho devidamente sintonizados com o plano pedagógico da instituição deverão ser por ela disponibilizados.

Parágrafo 2º – O atendimento aos alunos deverá ser, obrigatoriamente, no ambiente da instituição ofertante, sendo proibido o fornecimento para os alunos do telefone e email particular do professor.

Parágrafo 3º – A carga horária de trabalho do professor deverá ser previamente definida pela instituição de ensino.

Parágrafo 4º – O número de professores necessários para o desenvolvimento de um núcleo de trabalho e/ou de uma disciplina deverá ser previamente indicado, admitida, contudo, a sua variação, sempre que necessária para ajustar a oferta com a efetiva demanda.

Parágrafo 5º – Não se inclui no âmbito definitório de “educação a distância” a simples disponibilização de material de apoio pedagógico no site da escola.

A Convenção Coletiva de Trabalho entre o Sindicato Dos Professores No Estado Do Paraná e o Sindicato Dos Estabelecimentos Particulares De Ensino Do Estado Do Paraná (2015), por exemplo, abordou de maneira geral sobre uso da imagem do professor e dos produtos por ele produzidos:

Parágrafo oitavo: Nas contratações que envolvam uso de imagem e nome do professor, tal como, exemplificativamente, ocorre nas aulas gravadas, deverá ser estipulado em contrato o licenciamento respectivo, contendo prazo de duração, valores pagos (caso este tenha ocorrido a título oneroso), bem como a propriedade de eventuais produtos confeccionados e a titularidade dos direitos de exploração (SINDICATO DOS PROFESSORES NO ESTADO DO PARANÁ; SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO DO ESTADO DO PARANÁ, 2015).

Entretanto, as cláusulas de convenções, acordos ou contratos entre o professor empregado e empregador não são suficientes para reger essa relação de emprego. É preciso o agir do Poder Legislativo, que até o presente momento foi omissivo em relação à matéria. Sobre a ineficiência do poder público em regulamentar o trabalho dos professores tanto do ensino presencial quanto do ensino a distância, Prado e Prado (2013) esclarecem que:

Essa “desregulamentação”, fruto da descentralização do poder regulamentar em matéria de Educação que foi conferido à União, Estados, Distrito Federal e Municípios pela LDB, contribuiu sobremaneira para a precarização das relações de trabalho dos professores, sobretudo no que diz respeito à delimitação do tempo que lhes é garantido por lei para os estudos, planejamento, avaliação, pesquisa e extensão.[...] sendo o professor um agente transformador da sociedade e, portanto, um agente político, conseqüentemente, a regulamentação do seu regime de trabalho desafia uma normatização que observe as especificidades da carreira, sobretudo no que diz respeito à carga horária de trabalho. [...] A fim de estabelecer condições adequadas de trabalho aos docentes, as políticas públicas implementadas no Brasil, notadamente a partir da LDB de 1996, têm se mostrado ineficientes, à medida que lidam com a matéria sem tratar minuciosamente das condições mínimas para que o professor realize satisfatoriamente a atividade educacional e, dentre elas a regulamentação da divisão justa da carga horária de trabalho do docente.

Tendo em vista a falta de legislação específica, deve-se recorrer aos princípios norteadores do Direito do Trabalho e do Direito Ambiental do Trabalho (SCOTTINI, 2012), por isso, observar o princípio do meio ambiente de trabalho equilibrado no momento de elaboração das normas trabalhistas é essencial para melhorar a qualidade de vida do docente em seu meio laboral.

O princípio da proteção ao trabalhador, na falta de normas e regulamentação específicas, também deve ser aplicado para nortear as condições de trabalho do professor do ensino à distância, a fim de evitar a sua precarização, visto que é a razão da existência do Direito do Trabalho, de maneira que a proteção é o que dá legitimidade à regra trabalhista (SEVERO, 2013).

Assim como os princípios do ambiente de trabalho equilibrado e o da proteção, outros dois importantes princípios para a elaboração de tais normas regulamentadoras são o da precaução e o da prevenção, já que para evitar danos ao docente e a precarização de sua atividade profissional é necessário agir antecipadamente.

É notória, então, a urgência em regular o trabalho docente na modalidade de ensino a distância, pois as condições em que esse profissional é exposto para desempenhar suas atividades, principalmente no tocante ao seu regime de trabalho, estão diretamente ligadas à qualidade de ensino que será ofertado e, inevitavelmente, atingirá de maneira positiva ou negativa a finalidade libertadora e emancipadora que a educação se propõe (PRADO; PRADO, 2013).

Por fim, não se pode ignorar a delicada situação em que encontra tal trabalhador, sendo necessário dar ouvidos a essa categoria trabalhista a fim de minimizar e, quiçá, extinguir os danos

que a inserção de novas tecnologias em seu ambiente laboral possa acarretar.

CONCLUSÃO

A inserção das novas tecnologias da informação e comunicação no ambiente de trabalho docente possibilitou uma maior interatividade entre aluno e professor, facilitando a troca de dados e conhecimento, principalmente na atual modalidade de ensino a distância, pois nesse caso as aulas são ministradas virtualmente.

Embora a internet, as tecnologias informáticas, microeletrônicas e de telecomunicações tenham enriquecido a educação básica e superior com o estreitamento entre aluno e professor independentemente do espaço físico, trouxeram também consequências não vantajosas ao professor em si, precarizando o trabalho docente.

Dentre tais decorrências, está a não formação pedagógica dos professores sobre as novas metodologias de ensino por meio das novas tecnologias de informação e comunicação, sendo necessário um processo didático e metodológico diferenciado para a formação adequada do aluno.

O acúmulo de atividades é outra consequência que precariza o trabalho docente, pois o atual mercado de trabalho exige empregados multifuncionais ou polivalentes, não sendo diferente com essa categoria de trabalhador, acarretando a intensificação e novas cargas de trabalho, bem como a incidência do estresse.

Dessa maneira, as instituições de ensino exigem dedicação exagerada desse trabalhador sem o devido reconhecimento e valorização, pois o professor da modalidade do ensino a distância além de despender de seu tempo preparando aulas, deve saber manusear aparatos tecnológicos para ministrar suas aulas, ter comunicação clara e precisa, rapidez de reposta e criatividade em situações desconhecidas, intuição criadora entre outras exigências.

A dúvida sobre a titularidade do direito patrimonial sobre autoria dos conteúdos elaborados pelo professor do ensino à distância e seu uso indiscriminado também precariza o trabalho docente. Melhor explicando, tendo em vista que o conteúdo intelectual foi produzido sob uma relação de emprego, não se sabe se o direito de usufruir patrimonialmente da obra e o do autor empregado ou a da instituição de ensino empregadora.

Há quem diga que o contrato de trabalho firmado entre as partes é que indicará o titular desse direito. No entanto, é sabido que o conteúdo criado pelo professor e disponibilizado na internet poderá ser utilizado por anos e compartilhado por milhares de pessoas, sem que seu autor tenha a devida participação econômica sobre a obra.

Destarte, a fim de se evitar a precarização do trabalho docente do ensino a distância, deve haver a efetiva proteção normativa em face da automação, para que o uso de novas tecnologias inseridas no ambiente de trabalho do professor não seja nocivo à qualidade de vida desse trabalhador e tampouco diminua a mão de obra docente.

Embora ainda não exista regulamentação adequada e específica para a proteção da docência do ensino superior a distância, cabe aos Tribunais pátrios, enquanto órgãos por excelência na

aplicação do direito, no momento de solucionar os litígios entre professor empregado e instituição de ensino empregadora, aplicar os princípios norteadores do Direito do Trabalho e do Direito Ambiental do Trabalho, a fim de minimizar os efeitos que a precarização acarreta a esse trabalhador.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sérgio Antunes. **Novas tecnologias e o trabalho docente na modalidade ensino a distância**. 2008. 143 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008.

ALVES, Fonseca Henrique. **Proteção em face da automação e a eficácia dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/direitobh/article/viewFile/259/164>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

BARROS, Veronica Altesf. O trabalho docente virtual: análise jurídica das condições de trabalho decorrentes do sistema de educação a distância. In: CONPEDI, 15., 2006, Manaus. **Anais...** Manaus, 2006. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/veronica_altesf_barros.pdf> Acesso em: 17 maio 2016.

BOSI, Antônio de Pádua. **Precarização e intensificação do trabalho no Brasil recente: ensaios sobre o mundo dos trabalhadores (1980-2000)**. Cascavel: Edunioeste, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 5.622 de 19 de dezembro de 2015**. Regulamenta o art. 80 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5622.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

FARIAS, Cecília. Há um fosso entre o ideal e real na EAD no Brasil. In: SINPROSP. **Avaliação crítica da educação a distância**. 2006. p. 19-22. Disponível em: <http://www.sinprosp.org.br/arquivos/ead/folheto_ead_22maio.pdf>. Acesso em: 3 maio 2016.

JOSÉ FILHO, Wagson Lindolfo. A eficácia do direito fundamental da proteção em face da automação previsto no inciso XXVII, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4820, 11 set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35702/a-eficacia-do-direito-fundamental-da-protacao-em-face-da-automacao-previsto-no-inciso-xxvii-do-art-7-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

LAPA, Andrea; PRETTO, Nelson de Luca. Educação a distância e precarização do trabalho docente. **Em Aberto**, Brasília, v. 23, n. 84, p. 79-97, nov. 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/5569/1/1792-7441-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

MELO, Manoel Messias Moreira; ANTUNES, Márcia Cristina Tenório. Software livre na educação. In: MERCADO, Luís Paulo Leopoldo. **Novas tecnologias na educação: reflexões sobre a prática**. Maceió: UFAL, 2002.

MERCADO, Luís Leopoldo. Formação docente e novas tecnologias. In: MERCADO, Luís Paulo Leopoldo (Org.). **Novas tecnologias na educação: reflexões sobre a prática**. Maceió: UFAL, 2002.

MOURA, Ingrid Louback de Castro. **A automatização da educação: o telensino e a precarização do trabalho docente**. 2009. 122 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/3131/1/2007_Dis_ILCMoura.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2016.

NEVES, Viana de Salles Inajara; FIDALGO, Fernando Selmar. **Docente virtual na educação a distância: condições de trabalho na rede privada de ensino**. Disponível em: <http://www.senept.cefetmg.br/galerias/Arquivos_senept/anais/quarta_tema3/QuartaTema3Artigo7.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2016.

OLIVEIRA NETTO, Alvim Antônio de. **IHC e a engenharia pedagógica**. Florianópolis: Visual Books, 2010.

PARCIANELLO, Leudemila; KOZEN, Paulo Cezar. **Docência no ensino superior: o uso das novas tecnologias na formação de professores na licenciatura**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/docencia-no-ensino-superior-o-uso-das-novas-tecnologias-na-formacao-de-professores-na-licenciatura/#topo>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

PRADO, Ricardo Antônio Nunes; PRADO, Mariana Siqueira. A precarização das relações de trabalho do professor em face da regulamentação do trabalho docente no Brasil. In: SIMPÓSIO DA ANPAE, 26., 2013, Recife. **Anais...** Recife, 2013. Disponível em: <<http://www.anpae.org.br/simpósio26/1comunicacoes/RicardoAugustoNunesPrado-ComunicacaoOral-int.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2016.

RIBAS, Daniel. A docência do ensino superior e as novas tecnologias. **Revista Eletrônica Lato Sensu**, Guarapuava, ano 3, n. 1, mar. 2008. Disponível em: <<file:///C:/Users/Note/Downloads/A%20docencia%20superior%20e%20as%20novas%20TICs.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

SCOTINNI, Debora Tiemi. Aspectos trabalhistas na educação a distância. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 27 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aspectos-trabalhistas-na-educacao-a-distancia,36572.html>>. Acesso em: 20 maio 2016.

SEVERO, Valdete Souto. Princípio da proteção do trabalhador. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3633, 12 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24690>>. Acesso em: 21 maio 2016.

SINDICATO DOS PROFESSORES DO RIO GRANDE DO SUL; SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO DE 1 E 2 GRAUS. **Convenção Coletiva de Trabalho 2013/2014 nº RS000815/2013, de 24 de maio de 2013**. Disponível em: <http://www.sinprors.org.br/convencoes/pdf/conven_basico.pdf>. Acesso em: 19 maio 2016.

SINDICATO DOS PROFESSORES NO ESTADO DO PARANÁ; SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO DO ESTADO DO PARANÁ.

Convenção Coletiva de Trabalho 2015/2016 n° PR002752/2015, de 9 de julho de 2015.

Disponível em: <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5379512971452883784.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2016.

WACHOWICZ, Marcos. **Ensino a distância e direitos autorais**: a produção do conhecimento e sua tutela jurídica. Disponível em: <http://gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo_direito_aural_ead_0.pdf>. Acesso em: 3 maio 2016.

Como citar: OLIVEIRA, Lourival José de; ALMEIDA, Tamires Souza de. A precarização do trabalho docente: análise crítica das alterações no ambiente de trabalho produzidas no ensino superior a distância. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 10-23, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p. 10. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 22/09/2016

Aprovado em: 22/11/2018

**DESCCLASSIFICAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM
CONCURSO PÚBLICO TENDO POR BASE LIMITAÇÕES DE
EXAMES MÉDICOS**

THE CANDIDATE DISQUALIFICATION APPROVED IN PUBLIC
TENDER FOR TAKING EXAMS LIMITATIONS OF BASIC
MEDICAL

Diego Miranda Esteves*
Luciana Gaspar Melquíades Duarte**

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora
E-mail: diegome90@gmail.com

** Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestrado em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente é Professora Adjunta de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal de Juiz de Fora, Pesquisadora, Professora do Mestrado em Direito e Inovações da Faculdade de Direito da UFJF e ex-procuradora do Município de Juiz de Fora.
E-mail:lg.melquiades@uol.com.br

Como citar: ESTEVES, Diego Miranda; DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. A desclassificação de candidato aprovado em concurso público tendo por base limitações de exames médicos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 24-40, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 24. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O presente artigo objetivou analisar os limites de exames médicos como causa de desclassificação de candidato aprovado em concurso público, apontando a importância de se ter embasamento legal para sua solicitação, bem como que sejam pertinentes ao exercício dos cargos públicos em questão. Como arcabouço teórico, foi utilizado o Pós-Positivismo, precisamente a Teoria dos Princípios e a Teoria da Argumentação Jurídica (ALEXY, 2008, 2011). Foram revisitados também o Decreto nº 6.944 (BRASIL, 2009), relativo às normas gerais de concursos públicos e a Lei nº 8.112 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Federais. Por fim, foram apontados os limites jurídicos do exame médico como etapa eliminatória, e apresentados exemplos de decisões judiciais referentes à problemática estudada.

Palavras-Chave: Concurso público; Exames médicos; Pós-Positivismo; Igualdade; Proporcionalidade.

Abstract: This paper analyzes the limits of medical examinations as a cause for disqualification of candidates approved for civil service positions. Thusly, this research points out the legal consequences of this practice and questions the relevance of these exams in specific fields. This study uses as its theoretical framework post-positivism, more precisely the Theory of Principles and Legal Argumentation (Alexy, 2008, 2011). This paper also examines Decree No. 6.944 (BRASIL, 2009), regarding the general rules of

public procurement and Law No. 8.112 (BRAZIL, 1990), which is the Brazilian Statute of Public Servants. Finally, this research concludes that medical examinations are utilized as a knockout stage in order to eliminate candidates; this practice is analyzed in some judicial decisions that are also investigated in this paper.

Keywords: PubPublic tender; Medical examinations; Post-Positivism; Equality. Proportionality.

INTRODUÇÃO

Este artigo visa analisar os limites do exame médico como motivo de desclassificação de candidato aprovado em concurso público. Pretende demonstrar que determinados exames mostram-se desnecessários e vão de encontro ao que é disposto pela Constituição (BRASIL, 1988) e na lei que institui o cargo público a ser provido através do certame.

O concurso público representa importante instituto de Direito Público no Brasil. O legislador constituinte de 1988 empenhou-se em desenvolver métodos que tivessem como objetivo o ingresso de pessoal capacitado na Administração Pública, considerando a importância e a natureza dos serviços prestados para a sociedade.

O instituto do concurso foi configurado como via de provimento originário democrático de cargos públicos desde a vigência de constituições anteriores, como exemplo a Constituição (BRASIL, 1934), que, mesmo deficiente, representava uma forma embrionária do instituto.

O assunto torna-se muito relevante, pois se tem observado a má formulação de alguns editais, que se encontram em desacordo com o estabelecido na Constituição (BRASIL, 1988) e ao Decreto nº 6.944 (BRASIL, 2009), e geram como consequência disputas judiciais entre candidatos e a Administração Pública.

O problema será desenvolvido sob a perspectiva pós-positivista, tendo como elemento principal a Teoria dos Princípios, a diferenciação entre princípios e regras e sua estrutura normativa. Terá como referência a Teoria dos Direitos Fundamentais e a Teoria da Argumentação Jurídica, ambas na obra de Alexy (2008, 2011). Utilizando-se a metodologia de pesquisa bibliográfica e através do emprego do método dedutivo e, por vezes outras, indutivo, será demonstrado que exames médicos que não guardam correspondência com o cargo a ser exercido pelo candidato aprovado em concurso público não podem ser exigidos. Por fim, serão utilizados julgados com o objetivo de corroborar o ponto de vista apresentado.

1 A INFLUÊNCIA DO PÓS POSITIVISMO

O Pós-Positivismo surgiu como uma nova teoria relacionada à normatividade dos princípios, após a superação das ideias filosóficas do jusnaturalismo e da derrocada do Positivismo Jurídico apoiado pelos Estados nazi-fascistas no período entre 1920 a 1945.

O jusnaturalismo, ou Direito Natural, é uma teoria fundamentada no Direito independente da vontade humana, sendo tal Direito baseado nos valores dos seres humanos, com vista à busca por um ideal de justiça. O Direito Natural é legitimado por uma ética superior e estabelece limites à norma estatal, tendo validade em si (BARROSO, 2011).

O Positivismo Jurídico, ao contrário, destaca-se pela ideia de supremacia do Direito Positivo, pelo formalismo e a estatalidade do Direito. Sua principal característica é a afinidade entre Direito e norma, livre de qualquer influência sociológica ou juízos valorativos. É concebido como o conjunto das normas escritas, criadas por homens através do Estado ou de fontes por ele legitimadas.

Desta forma, foi necessário o aparecimento de uma nova formulação do Direito, não com o objetivo de negar totalmente a importância do Direito Positivo, mas submetê-lo a um juízo de valores. O Pós-Positivismo visa estabelecer uma relação entre Direito e Ética, com o objetivo de materializar a relação entre princípios, valores, regras e a Teoria dos Direitos Fundamentais. Visa também dar aos princípios jurídicos caráter normativo, para que estes atuem como uma espécie de norma jurídica vinculante.

Para o Pós-Positivismo, os princípios possuem normatividade e caracterizam-se como mandados de otimização, passíveis de concreção em diversos níveis, uma vez que sujeitos, com muita frequência, à colisão, que exige o emprego da técnica da ponderação para ser solucionada.

Tal teoria estaria mais de acordo com o Estado Democrático de Direito, principalmente por haver a interação entre as esferas política, moral e jurídica. Cabe ressaltar, como destaque do Pós-Positivismo, a busca pela conciliação entre dois importantes princípios, quais sejam: a segurança jurídica e a Justiça. Esta última, considerada como o fim maior do Direito, deve ser alcançada com base em um sistema aberto, e como já dito anteriormente, em consonância com valores éticos e morais, e legitimada, em parte, por elementos supralegais. Já a segurança jurídica, por sua vez, é alcançada através da objetivação, pela máxima da proporcionalidade, da técnica da ponderação, que deve ser conduzida por um discurso racional, guiado pela Teoria da Argumentação.

Como corolário do pensamento pós-positivista, há a influência de determinadas particularidades como a nova dogmática da interpretação constitucional, a expansão da jurisdição constitucional e a força normativa da Constituição. Esta última, inclusive, foi ressaltada na obra de Hesse (2009).

De acordo com Alexy (2008), o ponto decisivo de distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas baseadas na ponderação, na verificação jurídica e factual que se apresenta. Sendo assim, são normas de otimização, ao passo que as regras são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas¹.

Com relação à colisão de princípios, isto é, conflitos envolvendo princípios diversos ou contraditórios, não há que se falar em revogação ou derrogação dos mesmos, pois não há precedência absoluta de um em relação ao outro. Há o sopesamento e avaliação para se aferir qual deles tem prioridade sobre o outro, diante de um caso concreto. Um princípio que prevaleceu diante de um caso concreto em questão pode não prevalecer em outra situação diversa.

A máxima da proporcionalidade², dentro deste enredo, destaca-se como instrumento solucionador de conflitos entre princípios. Decompõe-se em três submáximas: a da adequação, a da necessidade e a da proporcionalidade em sentido estrito. A *adequação* como submáxima impõe que a medida adotada deve ser apta à consecução ou, pelo menos, à fomentação do objetivo pretendido. É a análise da existência de uma relação adequada entre meio e fim. A *necessidade* ou *exigibilidade*, por sua vez, é caracterizada pela adoção do meio menos gravoso e mais eficiente que visa alcançar determinado fim, ou seja, aquele meio que restrinja ao mínimo o direito fundamental que seria atingido em determinado caso (MENDES, 2001). Em última análise, porém não menos importante, caso persista o conflito, chega-se ao terceiro nível de exame, a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito. Esta é caracterizada pela realização de um diagnóstico da relação custo-benefício, envolvendo a ideia de relação harmônica entre duas grandezas, entre dois princípios conflitantes. Canotilho (1995, p. 617) afirma que, mesmo em caso de uma lei ser adequada e necessária, se a mesma for restritiva, pode ela ser declarada inconstitucional, em

1 Nas palavras de Alexy (2008, p. 103-104): “Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve”.

2 De acordo com Silva (2002), embora a terminologia “princípio da proporcionalidade” seja aceita por parte da doutrina e da jurisprudência, a mesma pode ser considerada errônea, principalmente quando adotado o conceito de princípio jurídico em contraposição ao conceito de regra jurídica, baseada na teoria de Alexy (2008), já abordada no presente trabalho. “Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo “princípio” pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo “princípio”, não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica” (SILVA, 2002). Dessa forma, mais adequado seria a utilização do termo “regra da proporcionalidade” ou “máxima da proporcionalidade”.

caso de adoção de cargas coercitivas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, excessivas ou desproporcionadas no tocante aos resultados possivelmente obtidos.

A solução para a colisão entre princípios far-se-á importante ao serem analisados os princípios da publicidade e da legalidade, encontrados no *caput* do artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988)³, este último atualmente conhecido como regra da juridicidade⁴, por ser um comando de observância do Direito como um todo, com ênfase nos direitos fundamentais e no regime democrático. Os princípios em questão serão relacionados no decorrer do estudo, ao ser abordado tópicos referentes ao edital do concurso público, requisitos admissionais e leis relacionadas a concursos públicos.

O conflito entre regras, por sua vez, dar-se-á no campo da validade e será destrinchado em quatro critérios, segundo ensinamento de Alexy (2008): através da inclusão de uma cláusula de exceção, do critério cronológico, do critério hierárquico e do critério da especialidade (ALEXY, 2008).

A inclusão de uma “cláusula de exceção” em uma das regras visa eliminar o conflito, nos casos em que uma das regras não for declarada inválida. Alexy (2008, p. 92) exemplifica da seguinte maneira:

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.

O critério cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) mostra-se moldado para os casos de antinomias de normas de mesmo nível hierárquico. Trata-se da prevalência da norma posterior, em caso de antinomia entre duas normas criadas ou vigoradas em dois momentos temporais distintos.

O critério hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*) consiste na precedência da norma hierarquicamente superior, em caso de normas de diferentes níveis no ordenamento jurídico. Um exemplo seria um conflito entre dispositivos constitucionais (hierarquicamente superiores) e leis ordinárias (hierarquicamente inferiores).

O critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) ou da especificidade, no que lhe diz respeito, resulta na supremacia relativa a uma antinomia de normas mais específicas ao caso em questão. No caso de duas normas incoerentes uma com a outra, ao ser verificado a disposição sobre o objeto conflituoso, uma delas possui caráter mais específico, especial, em oposição ao caráter mais genérico da outra.

Cabe ressaltar também o uso das “cláusulas de exceção”, que se encaixam no critério supracitado, o da especialidade. Na Teoria dos Princípios (ALEXY, 2008) as “cláusulas de exceção” delimitam a incidência normativa, em um conflito de regras aparente.

A definição da solução entre o conflito de regras será importante no decorrer deste estudo ao ser analisado os “princípios” da moralidade, eficiência e impessoalidade, dispostos no *caput* do

3 Art. 37 da Constituição (BRASIL, 1988): “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 [...]”.

4 De acordo com Melquíades Duarte (2012), a regra da juridicidade seria o agir público adequado com todo ordenamento jurídico, ou seja, com a Constituição (BRASIL, 1988), leis, resoluções, decretos, dentre outros. A regra da juridicidade vai além da legalidade, pois vincula a atividade estatal ao conjunto de princípios e regras e valoriza a realização dos direitos do homem sobre a mera aplicação da lei. Desta forma, o princípio da legalidade, disposto no artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988) deve ser entendido no presente estudo como regra da juridicidade.

artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988). Tais princípios serão tratados como regras⁵ segundo a definição de Alexy (2008), pois exigem exatamente aquilo que ordenam, não comportando sopesamentos. O concurso público em si será analisado detalhadamente no que tange aos princípios e regras basilares do instituto.

O objetivo principal do presente estudo, dentro do contexto teórico em que o mesmo se baseia, é analisar a desclassificação de candidato aprovado em concurso público baseada em limitações impostas por exames médicos admissionais. Tais exames têm a função de atestar a saúde mental e/ou física do candidato, bem como verificar a possibilidade de o mesmo exercer com qualidade e segurança, para ele e para o Estado, o cargo ou emprego público a que se pretende. O que será objeto de exame é exatamente essa questão: até que ponto será legítimo exigir a aptidão física ou psicológica do candidato aprovado em concurso público?

O princípio da motivação dos atos administrativos⁶ também será tratado como regra pela definição de Alexy (2008). Tal regra é elemento essencial em um processo (ou procedimento, como entende parte da doutrina) administrativo, pois a não observância da motivação pode acarretar a nulidade do ato. Assim define Di Pietro (2008, p. 77):

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.

A regra da motivação é importante para o estudo a ser apresentado, pois ao tratar da questão da exibibilidade dos exames médicos, será demonstrado que tais exames devem guardar correspondência com o cargo a que se pretende. Os exames médicos devem ter a função de qualificar o candidato como apto ou não apto exclusivamente no que tange às funções que serão desempenhadas pelo mesmo, não podendo abarcar critérios desmotivados. Deverá também a desclassificação de candidato aprovado em concurso público ser motivada, sob pena de nulidade deste ato administrativo.

A Constituição (BRASIL, 1988) terá papel imprescindível no desenvolvimento deste trabalho, pois o Instituto do Concurso Público é consequência da evolução histórica constitucional, dentro de um Estado Democrático de Direito. Todos os questionamentos serão respondidos apoiados na Constituição (BRASIL, 1988), no Decreto nº 6.944 (BRASIL, 2009)⁷, que dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos e na Lei nº 8.112 (BRASIL, 1990), esta última referente ao Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

2 BREVE ANÁLISE ACERCA DO INSTITUTO DO CONCURSO PÚBLICO

2.1 Contexto histórico

5 Conforme leciona Melquíades Duarte (2012), as regras são prescrições definitivas e em caso de validade devem ser implementadas integralmente, a não ser que possuam cláusulas de exceção. “Ao oposto dos princípios, as regras destinam-se à regência de situações mais concretas e consistem, não raro, em densificação do conteúdo normativo de princípios, dos quais extraem sua racionalidade.”

6 No presente trabalho, considera-se como ato administrativo toda ação ou omissão, com ou sem conteúdo decisório, praticadas por agente no exercício de função administrativa.

7 Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009. Estabelece medidas organizacionais para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos, organiza sob a forma de sistema as atividades de organização e inovação institucional do Governo Federal, e dá outras providências.

O Concurso Público tem suas raízes históricas no século XIX, quando houve uma reconstrução da Administração Pública, através de uma reação contra a arbitrariedade e mercantilismo como meio de acesso aos cargos públicos. Essa reação sinalizava que o exercício de cargos e funções públicas não poderia advir de privilégios, e desenvolveu-se na França, a partir da resistência de Napoleão Bonaparte contra seus opositores, que eram beneficiados por outros sistemas (CRETELLA JÚNIOR, 1994).

Durante o Brasil Império, entre os anos 1822 a 1889, cabia ao Imperador o poder de delegação de funções públicas. Esta modalidade de provimento de cargos públicos era baseada na confiança, pois o Imperador tinha livre arbítrio para admitir ou exonerar funcionários públicos quando quisesse (MELLO, 1990).

Em 1889, com a Proclamação da República, manteve-se a modalidade calcada na confiança, mesmo após a promulgação da nova Constituição, dois anos depois. Em 1934, assistiu-se a um importante fato, o surgimento do concurso público no ordenamento jurídico brasileiro. Tal fato é decorrência da Revolução Constitucionalista que levou Getúlio Vargas a realizar o Golpe do Estado Novo, e ensejou a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (MELLO, 1990).

A Constituição (BRASIL, 1934) deste período, embora representasse um passo inicial da adoção do instituto conhecido atualmente, era dotada de contrariedades e não abarcava os empregos públicos.

Somente em 1967, através da sexta Constituição do Brasil, foi validada a obrigatoriedade do concurso público como modalidade de ingresso para todos os cargos públicos, exceto para os cargos eletivos e em comissão (de confiança) (MELLO, 1990).

De todo o exposto, percebe-se que o acesso a cargos públicos nem sempre foi pautado na impessoalidade e igualdade como principais características, mas em critérios puramente particulares, que beneficiavam pessoas influentes ou semelhantes. Porém, com a evolução das Constituições do Brasil, em especial a Constituição (BRASIL, 1988), houve uma ampliação dos direitos e garantias fundamentais e o instituto em tela avançou para o que se conhece atualmente.

2.2 O conceito de concurso público

Inicialmente, cumpre destacar que o concurso público em questão refere-se ao processo seletivo de pessoal para ingresso na Administração Pública, diverso daquele disposto no inciso IV do artigo 22 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), relativo a uma modalidade de licitação. O concurso público encontra-se disciplinado no inciso II do artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988), nos seguintes termos:

Art. 37. [...] omissis

II. A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Importante tecer alguns comentários a respeito do inciso supracitado. Cargo e emprego público possuem suas particularidades. Cargo público possui caráter institucional, estatutário, ao passo que emprego público possui caráter contratual, trabalhista. Ambos só podem ser criados por lei e são de iniciativa privativa do Presidente da República, segundo a Constituição (BRASIL, 1988). Cargos Públicos são também, segundo Bandeira de Mello (2002), estruturas simples e indivisíveis expressadas por um agente, determinadas por um número certo, com denominação

própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e são regidos pela Lei nº 8.112 (BRASIL, 1990)⁸. Emprego público, por sua vez, é caracterizado pelo exercício da função pública através de vínculo contratual, regulamentado pelo Decreto nº 5.452 (BRASIL, 1943), que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

Os cargos em comissão são de caráter transitório, em que seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade responsável pela nomeação. Nas palavras de Bandeira de Mello (2002, p. 269):

Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando.

A ressalva feita com relação aos cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração é atribuída aos casos em que tal cargo ocupa um espaço na estrutura, no quadro funcional da Administração (reservado o limite mínimo exigido por lei), pois se escolhe uma pessoa qualquer, da confiança da autoridade que nomeia (não necessariamente um servidor público), e atribui-se uma série de responsabilidades inerentes ao cargo. Tal nomeação difere-se do disposto no inciso V do mesmo artigo⁹, referente às funções de confiança, sendo estas exercidas por servidores efetivos, já pertencentes ao quadro estrutural da Administração Pública.

Existem ainda, outras espécies de vínculos das pessoas físicas com o Estado, como os referentes aos agentes políticos; aos servidores temporários, aos contratados em virtude da necessidade temporária e excepcional do interesse público; aos particulares que atuam em colaboração com o poder público, isto é, pessoas físicas que atuam sem vínculo de trabalho com a Administração Pública; aos particulares por delegação (agentes delegados); aos agentes necessários (voluntários); aos agentes credenciados; aos militares (CARDOSO; PEDRO, 2011).

A obrigatoriedade de concurso para ingresso no serviço público faz-se evidente no inciso II do artigo 37, somado ao *caput* do mesmo artigo da Constituição (BRASIL, 1988), no que diz respeito aos cargos e empregos públicos, excetuando-se os cargos eletivos a serem providos mediante sufrágio.

De acordo com Alexy (2008), a qualificação de uma norma como regra ou princípio é tarefa do intérprete. Exercendo esta prerrogativa, constata-se que a exigência de concurso para o acesso aos cargos e empregos efetivos é veiculada por regra constitucional, por tratar-se de um comando absoluto, que não comporta restrições.

Desta forma, será inconstitucional qualquer processo seletivo que não respeite a regra do artigo mencionado (a necessidade de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos). Regra, como já definido anteriormente, contém um mandamento definitivo, exige exatamente aquilo que ordena, tem uma determinada extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas (ALEXY, 2008).

Com relação aos “princípios” dispostos no referido artigo, faz-se necessário analisá-los de uma forma mais detida. Princípio, segundo Alexy (2008), é um comando de otimização, pois possui um caráter *prima facie* diverso daquele das regras. Segundo o autor, princípios não contêm um mandamento definitivo, isto é, podem ser afastados um em razão do outro em um eventual conflito e sua aplicação dependerá das possibilidades fáticas.

8 Art. 3º da Lei nº 8.112 (BRASIL, 1990): “Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”.

9 Inciso V do art. 37 da Constituição (BRASIL, 1988): “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;”.

No entanto, as regras (juridicidade, moralidade, eficiência e impessoalidade) mencionadas no artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988) devem ser analisadas separadamente, de forma singular, pois cada uma comporta uma interpretação diferente no que tange ao instituto do concurso público.

Todo concurso público¹⁰ deve ser impessoal, moral e eficiente, viabilizando critérios capazes de selecionar bons candidatos e observando, portanto, os dizeres do edital. Segundo o inciso III do artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988), o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período. A observância do prazo torna-se importante no que tange à eficiência do concurso, pois visa garantir a convocação¹¹ dos candidatos aprovados dentro do número de vagas dispostas no edital, baseando-se em um critério temporal razoável. Cabe ressaltar também que, em decorrência da obrigatoriedade de realizar concursos, as contratações discricionárias foram afastadas (SPITZCOVSKY, 2004). As regras da impessoalidade, moralidade e eficiência, se não seguidas integralmente, eivam de vício o ato administrativo, tornando-o inconstitucional. Devem então ser guardadas de forma incontestável, com vistas a garantir a lisura do procedimento.

Deve também o concurso público ser transparente, no sentido de que representa os interesses tutelados pelo Poder Público que objetivam o bem da coletividade (SPITZCOVSKY, 2004). Todos os atos realizados no edital devem ser publicizados, a fim de assegurar a ampla concorrência e resguardar os direitos dos candidatos, que em alguns casos acabam sendo prejudicados quando da omissão de algum ato¹².

10 Cabe aqui um posicionamento, referente a uma questão presente no contexto social atual. No tocante às características do concurso público, de acordo com Meirelles (1999, p. 387), é o meio considerado mais justo e igualitário de ingresso no setor público, no qual o candidato melhor condicionado e qualificado obtém acesso aos cargos, empregos e funções. Entretanto, essa concepção, baseada na meritocracia, apresenta impasses, pois em uma sociedade em que riqueza, renda e classe social são determinadas através da competição e do merecimento, gera-se um efeito reverso ao que se pretende, produz-se a desigualdade (BARBOSA, 1999). A “cultura da meritocracia”, representada por uma dimensão negativa, que seria uma interpretação da meritocracia baseada somente no esforço pessoal, sem influência de privilégios hereditários ou corporativos, na verdade demonstra-se ineficiente, pois é sabido que vários outros fatores possibilitaram a determinado indivíduo a ter melhores condições que outro, e não somente seu esforço pessoal. Em uma sociedade tão diversificada, fica difícil avaliar o mérito individual (BARBOSA, 1999), pois os sujeitos partem de posições iniciais diferentes. O concurso público, tal como é concebido atualmente, pode ser considerado como uma verdadeira “máquina de injustiça social”, pois apesar de seus critérios serem pautados na igualdade de oportunidades, sabe-se que nem todos possuem as mesmas condições para se preparar; enquanto uns podem se dedicar aos estudos e pagar cursos preparatórios, outros precisam trabalhar e estudar no tempo livre. A própria educação infelizmente não é um instrumento que garante acesso igualitário às posições sociais, pois o acesso a ela é variado.

11 Existem polêmicas em torno da ausência de discricionariedade na convocação e do direito subjetivo à nomeação dentro do número de vagas do edital. A Administração Pública deve agir de boa-fé e, utilizando-se do juízo de conveniência e oportunidade, prover as vagas que, quando da divulgação do edital, afirmou existirem. Assim entende o Superior Tribunal de Justiça: CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. ATO VINCULADO. É dever da Administração Pública nomear os candidatos aprovados para as vagas oferecidas no edital do concurso. Com a veiculação em edital de que a Administração necessita prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, tornam-se vinculados, gerando, em consequência, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital. Precedentes citados: RMS 15.420-PR; RMS 15.345-GO, DJ 24/4/2007, e RMS 15.034-RS, DJ 29/3/2004. (RMS 19.478-SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 6/5/2008). No que tange à discricionariedade na convocação, a regra da impessoalidade deve ser imposta, não podendo ser desrespeitada. A Administração Pública, voltada para o interesse público, não pode se valer de critérios discricionários ao convocar candidatos aprovados, devendo respeitar a ordem de classificação, com base nas regras do edital. Qualquer favorecimento de um candidato em detrimento de outro é vedado.

12 APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATA QUE NÃO FOI CLASSIFICADA NA PRIMEIRA FASE DO CONCURSO PÚBLICO PARA SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR E DEIXOU DE ACOMPANHAR AS SUBSEQUENTES PUBLICAÇÕES – CHAMAMENTO COMPLEMENTAR – AUSÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL – DEVIDA PARTICIPAÇÃO DA RECORRIDA NA ENTREVISTA PARA VERIFICAÇÃO DE AFRODESCENDÊNCIA – RECURSO DESPROVIDO. A convocação de candidatos não classificados na primeira fase, de certame do qual participa em conduta não prevista no Edital, deve ser realizada com eficaz publicidade. O mero anúncio em site da internet e no Diário Oficial não basta, impondo-se a anulação do ato que desclassificou a candidata por não comparecimento na entrevista para verificação de afro descendência. (TJ-PR – AC: 5954507 PR 0595450-7, Relator: Regina Afonso Portes Data de Julgamento: 28/06/2010, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 433).

No entanto, o princípio da publicidade merece ser tratado com certa cautela. A transparência, no que se refere aos objetos dispostos pelo edital, bem como todos os seus atos, deve ser exercida em sua totalidade. Porém, no que tange a elementos como a privacidade, há que se ter sigilo. A própria lei¹³ diz que o candidato reprovado em exame psicológico deve ter seu nome apenas associado com o resultado “apto/inapto”, não sendo detalhado o motivo pelo qual gerou o resultado. Esta análise aponta para a classificação do princípio da publicidade como, segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2008), um princípio, isto é, um comando de otimização, que será analisado conforme as possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto, sujeito a sopesamentos (ALEXY, 2008).

Por fim, o “princípio” da legalidade, cujo conteúdo jurídico situa-se na regra da juridicidade (MELQUÍADES DUARTE, 2012), implica o dever da Administração Pública de realizar suas ações sempre pautadas no Direito, no ordenamento jurídico como um todo. Neste caso, impõe também a observância das condições dispostas no edital (se estão de acordo com a Constituição, respeitam os direitos e garantias dos cidadãos e se o procedimento, da abertura ao encerramento do concurso, não apresenta algum erro, etc).

3 O EXAME MÉDICO ADMISSIONAL

O exame médico admissional é uma das etapas finais do concurso para ingresso no setor público. Está previsto em lei, pois somente esta pode veicular exigências para o provimento de cargo público, sendo precedente ao edital do concurso público. Deve-se observar que, em muitos estatutos de servidores públicos, existe a determinação de avaliação médica e/ou mental dos candidatos aprovados, para que estes possam tomar posse. Assim prevê, por exemplo, o artigo 14 da Lei nº 8.112 (BRASIL, 1990): “A posse em cargo público dependerá de prévia inspeção médica oficial. Parágrafo único. Só poderá ser empossado aquele que for julgado apto física e mentalmente para o exercício do cargo”.

A exigência legal, por ter característica excludente enquanto critério de avaliação, deve obedecer à máxima da proporcionalidade. Tal máxima, como mencionado anteriormente, decompõe-se em três submáximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que deverão ser observadas na elaboração da lista de exames médicos.

Interessante ressaltar o fato de que os exames médicos devem ser especificados de forma incisiva no edital do concurso público. Tal tema inclusive já foi alvo do Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o agravo de instrumento em recurso de revista nº 14162-18.2010.5.04.0000 (BRASIL, 2011). No agravo em questão, o candidato teria sido desclassificado com base em laudo de ressonância magnética, que apontou “mínima protrusão posterior” da coluna cervical e “pequena hérnia póstero-lateral esquerda”. No entanto, o edital previa apenas a exigência de boa saúde física e mental, sem a especificação das condições que seriam objeto de eliminação. Seria apenas uma análise ampla, pois “boa saúde física e mental” é um critério muito genérico, não existindo fundamentos diretamente relacionados com as funções que seriam desempenhadas. Houve um exercício desarrazoado por parte do agente público que solicitou o exame, gerando insegurança jurídica. No agravo supracitado, ao analisar o caso, foi reconhecida a ilicitude da eliminação, sob a tese de que o edital não guardava previsão relacionada à justificativa do ato de eliminação. Dessa forma, o ideal é que a Administração Pública especifique no edital os parâmetros que deverão compor o conceito de boa saúde previsto em lei, bem como os exames médicos e procedimentos para comprovação, e, por óbvio, que tais parâmetros sejam pautados pela máxima da proporcionalidade.

O exame médico admissional tem caráter eliminatório, pois possui como objetivo principal

13 Art. 14-A do Decreto nº 6.944 (BRASIL, 2009): “O resultado final da avaliação psicológica do candidato será divulgado, exclusivamente, como “apto” ou “inapto””.

avaliar as capacidades físicas e mentais dos candidatos, e, de maneira ampla, devem ser consideradas condições mínimas para que se tenha uma boa saúde. O que se questiona não é a importância de toda e qualquer perícia médica, pois esta, quando proporcional, exerce papel imprescindível na aferição da capacidade do candidato aprovado. Discute-se a possibilidade de que sejam solicitados exames abusivos, que, muitas vezes, não guardam correspondência com a função do cargo público a cujo provimento destina-se a salvaguardar. O exame médico só é legítimo se for para averiguar a satisfatoriedade de exigência legal, se esta for proporcional e se for especificada no edital.

Um concurso público para provimento de cargos de piloto de aviação, por exemplo, deve conter requisitos pautados especificamente no que tange à função inerente ao cargo. Deve focar na capacidade visual e psicomotora do candidato, observando se o mesmo possui plenas condições de pilotar um avião de forma segura, a fim de proteger tanto o profissional quanto as pessoas que irão usufruir daquele serviço. É adequado o exame de vista para o cargo referido, pois é apto à obtenção do resultado pretendido, qual seja, a acuidade visual, essencial para um piloto. É necessário tal exame, pois pode ser considerado o meio menos gravoso de aferição da característica em questão. É proporcional em sentido estrito, pois, diante de uma relação de custo-benefício, o exame oftalmológico é considerado um exame simples, de fácil acesso e que atinge o objetivo a que se propõe (viabilizar a segurança do profissional e dos passageiros).

É importante ressaltar que, até mesmo para o concurso supramencionado, há certo grau de flexibilização, ainda que mínimo. De acordo com as instruções técnicas de inspeção de saúde na aeronáutica¹⁴, é permitido grau mínimo de hipermetropia e de astigmatismo, desde que não atrapalhe a visão.

Em contrapartida, um critério de seleção baseado, por exemplo, na presença de cicatrizes na pele do candidato não seria razoável, uma vez que em nada interferem nas funções que serão desempenhadas pelo piloto, sendo o serviço prestado da mesma forma¹⁵. Tal excludente não estaria de acordo com a máxima da proporcionalidade.

Nem sempre, porém, os requisitos médicos dispostos pelo edital são proporcionais¹⁶. Tal assertiva fica evidente ao ser analisada a apelação nº 00641452220108260000 do Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2013)¹⁷. Trata-se de um mandado de segurança impetrado por um

14 PORTARIA DIRSA Nº79/SECSYTEC, de 23 de maio de 2012. Aprova a Reedição da Instrução que trata das Inspeções de Saúde na Aeronáutica. (BRASIL, 2012).

15 De acordo com o item 4.1.2.9.1 da Portaria DIRSA Nº79/SECSYTEC, referente às instruções de inspeções de saúde na Aeronáutica, observa-se o seguinte: “Inexistência de cicatriz que, por sua natureza ou localização, possa, em face do uso de equipamento militar e do exercício das atividades militares, vir a motivar qualquer perturbação funcional ou ulcerar-se”. Dessa forma, é permitido qualquer cicatriz no corpo do candidato, desde que a mesma não cause nenhuma limitação no desempenho das funções.

16 Cabe aqui uma ressalva no que diz respeito ao candidato possuir tatuagem. O Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente sobre a questão, ao julgar um recurso de um candidato que foi desclassificado em um concurso para bombeiro militar do Estado de São Paulo. De acordo com edital do certame, nenhum candidato que tivesse tatuagem que atentasse contra “a moral e os bons costumes”, que cobrisse partes inteiras do corpo, seria admitido. Ora, tal restrição, além de genérica, é discriminatória e não guarda nenhuma relação com a função que seria desempenhada pelo profissional. Ficou decidido no recurso citado que tal exigência não poderia ser permitida, só podendo haver restrição em caso de o conteúdo da tatuagem violar “valores constitucionais”, como por exemplo, incitação à violência, grave ameaça, preconceitos raciais, entre outros. Essa decisão deverá ser seguida pelas demais instâncias judiciais ao analisarem casos semelhantes. Enfim, a decisão a respeito da tatuagem deverá ser analisada no caso concreto, pautada pela máxima da proporcionalidade, e não apenas de acordo com um critério genérico previsto no edital do concurso. Percebe-se na ementa de um caso semelhante, a título de exemplo: “POLICIAL MILITAR. CONCURSO PÚBLICO DE INGRESSO NA CARREIRA. TATUAGEM. CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO EM EXAME MÉDICO. Exclusão do candidato na etapa de exames médicos. Inaptidão que decorre da tatuagem. Não reconhecida. Tatuagem não expressa incompatibilidade com a função. Inocorrência de violação ao edital. Razoabilidade. A tatuagem não é visível com uso do uniforme. Inabilitação afastada. Precedentes jurisprudenciais. RECURSO PROVIDO”. (TJ-SP-APL: 00177726020138260053 SP 0017772-60.2013.8.26.0053, Relator: José Maria Câmara Junior, Data de Julgamento: 27/08/2014, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 27/08/2014)

17 MANDADO DE SEGURANÇA CONCURSO PÚBLICO SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR CANDIDATO REPROVADO NO EXAME MÉDICO-ODONTOLÓGICO POR POSSUIR MORDIDA CRUZADA ABUSO DA ADMINISTRAÇÃO CARACTERIZADO ORDEM CONCEDIDA SENTENÇA CONFIRMADA. (TJ-SP – APL: 00641452220108260000 SP 0064145-22.2010.8.26.0000, Relator: Ricardo Feitosa. Data de Julgamento: 05/08/2013, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 09/08/2013).

candidato reprovado no exame médico-odontológico por possuir mordida cruzada, característica que estaria em desacordo com os critérios dispostos no edital do certame. No entanto, o fato de possuir mordida cruzada de nada interfere nas funções que seriam desempenhadas no cargo de soldado da Polícia Militar. O exame em questão mostra-se totalmente em desacordo com a máxima da proporcionalidade. Não é adequado, pois, não se presta a um fim pertinente ao exercício da função, constituindo inclusive discriminação, segundo o inciso IV do artigo 3º da Constituição (BRASIL, 1988)¹⁸ e restrição a direito fundamental, qual seja, o direito de igualdade.

Outro caso que corrobora o ponto de vista apresentado neste trabalho refere-se a um concurso público para o provimento de empregos de carteiro. O candidato conseguiu obter reformação da sentença após provar que as anormalidades encontradas no exame não o impediriam de exercer normalmente as atribuições do cargo em questão¹⁹. Na situação em tela, o candidato teria sido desclassificado por ter sido reprovado nos testes de aptidão física realizados pela banca do concurso, nos quais ficaram evidenciadas anomalias não incapacitantes na coluna e no joelho. Porém, tais anomalias não seriam suficientes para impedi-lo de exercer com excelência as funções atribuídas ao cargo almejado, não havendo razão alguma para que o mesmo fosse excluído do certame. O exame médico, como já explicado, tem a função de averiguar se o candidato possui de fato condições reais de trabalho, e não apenas de caracterizar um formalismo descabido. É preciso ter a certeza de que o candidato é o melhor qualificado entre os demais que participaram do processo seletivo.

Ainda sob a égide da máxima da proporcionalidade, bem como das regras dispostas pelo artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988), referentes ao concurso público, cabe exemplificar outro caso em que houve a inobservância do ponto de vista apresentado até aqui. Em um mandado de segurança impetrado por candidato desclassificado em razão da altura, percebe-se claramente um formalismo excessivo e descabido. A diferença mínima de altura (um centímetro) de nada atrapalharia o candidato ao cargo que ocuparia, qual seja o de soldado da Polícia Militar do Maranhão. Insta salientar que o mesmo, ao ser desclassificado no exame médico em questão (medição antropométrica), já teria passado por outros exames, como os de aptidão física e psicotécnico. Assim, o requisito objetivo (altura mínima de 1,65 metros) não deve ser interpretado categoricamente, mas mitigado, de tal forma que um centímetro em nada atrapalharia o candidato no desempenho de sua função. Foi o que ficou decidido de modo acertado no conteúdo do mandado²⁰, pela concessão da segurança, determinando que o impetrante participasse das demais

18 Inciso IV do art. 3º da Constituição (BRASIL, 1988): “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

19 DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. EMPREGO DE CARTEIRO. REPROVAÇÃO EM EXAME MÉDICO. ANORMALIDADE FÍSICA QUE NÃO PREJUDICA GRAVEMENTE A ATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CANDIDATO. DIREITO À IMEDIATA CONTRATAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. 1. A jurisprudência da Corte vem admitindo que apesar da atividade exercida pelos carteiros, consistente na entrega de correspondências e encomendas, requerer aptidão física razoável dos agentes que pleiteiam as vagas do certame, se o candidato for considerado como habilitado pela perícia efetuada em juízo, e, não estando a patologia entre as expressamente previstas pelo edital, não há razões para que o mesmo seja impedido de assumir o emprego público. 2. Os documentos colacionados aos autos demonstram que o autor após haver sido considerado inapto para o cargo de carteiro nos testes de aptidão física ministrados pela comissão do concurso, submeteu-se a uma perícia médica judicial, que apesar de ter encontrado as mesmas anomalias na sua coluna e joelhos entendeu que não são elas suficientes para causar-lhe nenhum impedimento laboral, considerando-o apto inclusive para o exercício das funções inerentes ao emprego público de carteiro. 3. Recurso de apelação provido. (TRF-1 – AC: 39715020084013200 AM 0003971-50.2008.4.01.3200, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 08/11/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.644 de 22/11/2013).

20 ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COISA JULGADA. AFASTADA. CONCURSO PÚBLICO. ALTURA MÍNIMA. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CANDIDATO QUE FOI DESCLASSIFICADO POR APENAS 1CM (UM CENTÍMETRO) DA ALTURA MÍNIMA. SEGURANÇA CONCEDIDA. I – Inexiste óbice a propositura de nova ação com as mesmas partes, objeto e causa de pedir, desde que seja acompanhada de prova pré-constituída apta a demonstrar o alegado direito líquido e certo do impetrante. Precedente do STJ.AGrg no AGrg no MS 18692/DF. II – O entendimento do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça é no sentido de que as exigências de

etapas do certame.

Em busca de um contraponto ao que já foi demonstrado até aqui, tem-se no agravo interno de agravo de instrumento nº 0027771-94.2013.8.19.0000 (RIO DE JANEIRO, 2013) um caso em que ficou evidenciada a correta observância do exame médico como motivo de desclassificação do candidato aprovado em concurso público. Na situação em tela, a candidata foi desclassificada no concurso para provimento do cargo de professor por ter sido reprovada na fase de exame médico, especificamente em razão de problemas vocais. O cargo de professor, como é sabido, exige do profissional o uso constante da voz, de forma que esta pode ser considerada essencial para o desempenho da função. Sem a qualidade mínima da voz, condição *sine qua non* para um professor, o serviço não consegue ser prestado, não atingindo o fim a que se destina.

Isto posto, percebe-se que, nesta oportunidade, houve a aplicação acertada dos critérios trabalhados neste estudo, pois foi respeitada a máxima da proporcionalidade, sendo a medida considerada adequada, pois a desclassificação guarda correta conformidade com o exercício da função, atingindo o fim destinado; necessária e exigível, pois tal medida é eficiente, não cabendo interpretação contrária e proporcional em sentido estrito, por harmonia na tomada da decisão, na correta interpretação entre os princípios conflitantes, entre o direito da candidata de se submeter ao concurso e o exercício efetivo da função. Segue trecho da decisão do agravo interno em questão:

Agravo Interno em Agravo de Instrumento. Concurso Público. Professor II do Município do Rio de Janeiro. Reprovação na fase de exame médico, em razão de alterações no aparelho fonador. Liminar indeferida. Aferição médica que se afigura regular, pois relacionada ao exercício das funções inerentes ao cargo almejado. Precedentes desta Corte. Documentos dos autos que demonstram que durante os cerca de nove meses que mediaram a realização do exame e as revisões subsequentes apresentava a autora problemas vocais que, a princípio, justificavam sua eliminação. Ausência dos requisitos do artigo 273 do CPC. Desprovimento do recurso.

Após análise do trecho supramencionado, percebe-se que no conteúdo da decisão existe também o critério temporal, pois esteve a candidata sob observação durante nove meses, interstício que perdurou da realização do exame até a referida deliberação. Durante esse lapso de tempo, ocorreram revisões com o intuito de aferir realmente a incapacidade da candidata, que restou comprovada. Enfim, o critério temporal contribuiu para o correto veredito, que mostrou-se razoável e devidamente motivado.

CONCLUSÃO

A questão levantada pelo presente estudo ficou elucidada pelo exposto nas páginas anteriores. Em um primeiro momento, abarcado pelo contexto pós-positivista, foi feita uma breve análise acerca do instituto do concurso público, passando por sua conjuntura histórica e conceituação. Observou-se que os exames médicos em geral, para que estejam dispostos no edital de determinado concurso, primeiro devem conter embasamento em lei, pois somente esta pode veicular exigências para o provimento de cargo público.

altura, idade e sexo para ingresso na carreira militar são possíveis, porém podem ser mitigadas quando o candidato (o) fica no limite da margem de 01 cm da altura mínima exigida. III – Ademais, a diferença de 01 (um) centímetro pode decorrer de variação entre os aparelhos de aferição de medidas, portanto, esse fato por si só não pode ser considerado para desclassificar o impetrante do concurso público, por violar o princípio da razoabilidade. Especialmente quando demonstrado que mede 1,65 m de altura, medida esta aferida por órgão oficial. IV – Segurança concedida. (TJ-MA – MS: 0518542015 MA 0009198-86.2015.8.10.0000, Relator: JOSÉ DE RIBAMAR CASTRO. Data de Julgamento: 04/12/2015, PRIMEIRAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Data de Publicação: 09/12/2015).

Criticou-se a exigência de exames que visam aferir um elemento inerente ao estado de saúde do indivíduo que não possui pertinência com as funções a serem desempenhadas por ele.

Defendeu-se que a avaliação médica deve ser orientada pela máxima da proporcionalidade, bem como pelas regras mencionadas pelo artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988), pelo princípio da publicidade e pelos dispositivos legais associados ao concurso público²¹, conferindo a esta avaliação critérios objetivos e científicos compatíveis ao exercício do cargo público pretendido.

Foi mencionado, neste estudo que, de acordo com a regra da motivação dos atos administrativos, toda desclassificação de candidato por problemas detectados no exame médico deve ser justificada, pois a ausência de fundamentação causará a nulidade do ato administrativo em questão. Afinal, tem o candidato o direito de conhecer os motivos que o desclassificaram do certame, para assim poder exercer seu direito constitucional de ampla defesa e contraditório.

Com base na regra da juridicidade, que impõe ao Poder Público a observância da lei e dos princípios do ordenamento jurídico enquanto sistema, pode-se concluir que o administrador público deve agir guiado pela proporcionalidade ao instituir as regras de um edital de um concurso público, a fim de evitar exigências desmesuradas para o exercício do cargo a ser provido. Não é razoável que, em um Estado Democrático de Direito, ainda existam limitações descabidas ou até discriminatórias, que restrinjam o direito das pessoas de participar de forma igualitária de determinados processos seletivos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARBOSA, Livia. **Igualdade e meritocracia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 18 out. 2016.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 out. 2016.
- BRASIL. **Decreto nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 3 out. 2016.
- BRASIL. **Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009**. Estabelece medidas organizacionais para

²¹ Lei nº 8.112 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Federais e Decreto nº 6.944 (BRASIL, 2009), relativo às normas gerais de concursos públicos.

o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos, organiza sob a forma de sistema as atividades de organização e inovação institucional do Governo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6944.htm>. Acesso em 03 out. 2016.

BRASIL. **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em 03 out. 2016.

BRASIL. **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: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em 03 out. 2016.

BRASIL. Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. Diretoria de Saúde. **Portaria DIRSA nº 79/SECSYTEC, de 23 de maio de 2012**. Aprova a Reedição da Instrução que trata das Inspeções de Saúde na Aeronáutica. Disponível em: <http://www.fab.mil.br/icas/ICA_160-6_NOV_2012.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de instrumento em recurso de revista nº 141621820105040000 14162-18.2010.5.04.0000**. Agravante: Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN. Agravado: Enilton Moreira Goulart. Relatora: Dora Maria da Costa. Brasília, 03 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20185204/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-141621820105040000-14162-1820105040000/inteiro-teor-104843528>>. Acesso em: 7 nov. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARDOSO, Eliane Gomes de Bastos; PEDRO, Nívea Simone de Freitas. Servidores Públicos: um breve estudo. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 14, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10324>. Acesso em: 18 out. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 2009.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Mandado de Segurança nº 0009198-86.2015.8.10.0000**. Impetrante: Itallo Lima dos Anjos. Impetrado: Secretário de Estado da Gestão e Previdência do Estado do Maranhão. São Luís, Maranhão, 4 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/265805175/mandado-de-seguranca-ms-518542015-ma-0009198-8620158100000/inteiro-teor-265805218>>. Acesso em 01 nov. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo:

Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar. Revisitando o regime jurídico de Direito Público. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora**, Juiz de Fora, v. 1, p. 231-255, 2012.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 out. 2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível n. 595.450-7**. Apelante: Estado do Paraná. Apelado: Franciele Aparecida Silveira. Relator: Desembargadora Regina Afonso Portes. Curitiba, 28 de junho de 2010. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19560402/apelacao-civel-ac-5954507-pr-0595450-7/inteiro-teor-104387260>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo interno em agravo de instrumento n. 00277719420138190000 RJ 0027771-94.2013.8.19.0000**. Agravante: Josilaine Santos de Araujo de Oliveira. Agravado: Município do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. Rio de Janeiro, 18 de junho de 2013. Disponível em: <<http://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116837433/agravo-de-instrumento-ai-277719420138190000-rj-0027771-9420138190000/inteiro-teor-116837442>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível n. 0017772-60.2013.8.26.0053**. Apelante: Felipe França de Araújo Paranhos. Apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Juiz de Direito Substituto em 2º grau José Maria Câmara Júnior. São Paulo, 27 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136340807/apelacao-apl-177726020138260053-sp-0017772-6020138260053/inteiro-teor-136340815>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível nº 00641452220108260000 SP 0064145-22.2010.8.26.0000**. Apelante: Juízo “ex officio” e Fazenda do Estado de São Paulo. Apelado: Rinaldo Compri Sobrinho. Relator: Ricardo Feitosa. São Paulo, 5 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117570944/apelacao-apl-641452220108260000-sp-0064145-2220108260000/inteiro-teor-117570954>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, abril, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 19 out. 2016.

SPITZCOVSKY, Celso. **Concursos públicos**: limitações constitucionais para os editais. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

Como citar: ESTEVES, Diego Miranda; DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. A desclassificação de candidato aprovado em concurso público tendo por base limitações de exames médicos. **Revista**

do Direito Público, Londrina, v. 13, n. 3, p. 24-40, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 24. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 24/05/2017

Aprovado em: 04/10/2018

**BALCÃO ÚNICO PARA OS ‘PRIMEIROS A TOCAR O SINO’
EM ACORDOS GLOBAIS DE LENIÊNCIA**

SINGLE BALCONY FOR THE ‘FIRST TOUCHING THE BELL’ IN
GLOBAL LENIENCE AGREEMENTS

Michel Angelo Constantino Oliveira*
Dany Rafael Fonseca Mendes**
Gabriel Paes Herrera***

* Doutor em Economia pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Professor da Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. E-mail: michelangelo111@gmail.com

** Mestre em Análise Econômica do Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto-UFOP. Professor do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. E-mail: rafael.dany@gmail.com

*** Mestre em Ciências Ambientais e Sustentabilidade Agropecuária pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. E-mail: gabrielherrera27@hotmail.com

Como citar: OLIVEIRA, Michel Angelo Constantino; MENDES, Dany Rafael Fonseca; HERRERA, Gabriel Paes. Cidadania e políticas públicas no contexto do programa de educação previdenciária – PEP. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 41-55, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 41. ISSN: 1980-511X.

Resumo: Neste trabalho, assumindo os benefícios sociais relativos à defesa da concorrência, serão inicialmente expostos os problemas causados pela conduta de acordos ilegais entre “concorrentes” de mercado (cartéis). Em consequência dessa conduta socialmente indesejada, o tratamento destinado por diferentes países em programas de leniência será apresentado, incluindo-se, nesses programas, uma solução que vem ganhando força no combate aos cartéis mundo afora: a senha para o primeiro denunciante. Mais à frente, após a explicação da lógica que, na elaboração desses acordos de anistia, há por trás da leniência, o presente estudo cuidará de seu problema fundamental, ou seja, o excesso de jurisdições para acordos de leniência – que, em âmbito mundial, gera ineficiências ao sistema de defesa da concorrência. Como uma possível solução para esse excesso de jurisdições cuidando dos mesmos acordos, esta pesquisa abordará a proposta de um “balcão único para os primeiros a tocar o sino”, ou seja, a sugestão de se criar um sistema global de distribuição de senhas unificadas para acordos de leniência que, porventura, envolvam diversos países.

Palavras-chave: Concorrência; Cartéis; Acordos de leniência; Senhas; Balcão único.

Abstract: This study, as a whole, assumes the social benefits of market competition, where unethical behavior, such as illegal agreements between market competitors (i.e. cartels), causes problems for the global system of free markets. Because of this socially undesirable conduct, countries have different leniency programs, which idealize solutions that are gaining strength in the fight against cartels worldwide. Moreover, this paper explores the logic behind leniency agreements in the elaboration of amnesty agreements. Furthermore, this study tackles another fundamental problem: the excess of jurisdictions in leniency agreements – which, at the global level, restricts the global system of free market defense. With this problem in mind, this research proposes a solution for the excess of jurisdictions and investigates another approach: a proposal of a “one-stop shop for the first bells”, that is, a global system of distribution of unified passwords for leniency agreements that may involve a number of countries.

Keywords: Competition; Cartels; Leniency agreements; Markers; One-stop shop.

INTRODUÇÃO

Como pressuposto basilar para as análises que se seguirão, é imprescindível deixar claro que, para os fins do presente estudo, concorrência se traduz por competitividade, mais especificamente, por competição de mercado. Portanto, de início, esclarece-se que: i) as relações econômicas que, diferentemente do modelo ocidental contemporâneo, não se arranjam em torno do mercado (como é caso, por exemplo, das organizações sociais tradicionais, das sociedades nas quais a propriedade é estatizada etc.) não farão parte deste trabalho; e ii) embora não haja, no mundo real, um mercado de competição perfeita (GICO JUNIO, 2006), o termo “concorrência” será aqui empregado como sinônimo de disputa entre concorrentes pelo mercado consumidor. Nesse sentido e de acordo com Ragazzo (2006), garantir a livre concorrência “é a melhor forma de maximizar o bem-estar social¹”, notadamente, no que se refere à majoração da eficiência alocativa², da eficiência produtiva³ e da capacidade de inovação⁴. Assim, nos termos deste autor, a concorrência produz amplos benefícios, em larga escala, para toda a sociedade, todavia, a proteção ao princípio da livre concorrência não se confunde – tampouco deve se confundir – com a defesa deste ou daquele concorrente.

Se, em termos sociais, a competição é benéfica para o mercado de consumo e, em última análise, para o consumidor, a defesa da concorrência pode ser resumidamente ilustrada em duas frentes: uma relacionada aos problemas de estrutura societária, como é o caso das incorporações e fusões de organizações empresariais; outra relativa às condutas anticompetitivas, como é o caso do abuso de posição dominante e – sendo o objeto do presente estudo – dos cartéis. Estes acordos entre concorrentes, ilegais em praticamente todas as legislações mundo afora, estão relacionados à combinação de preços e/ou de participação (*share*) de mercado. Na visão da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015)⁵, os cartéis, por constituírem a violação mais comum e mais flagrante do direito de defesa da concorrência, figuram no foco principal da política antitruste⁶.

1 Mais sobre maximização do bem-estar social, especialmente com relação à amplitude do conceito de sociedade, em “A Função Social da Propriedade Intelectual.” (MENDES, 2014).

2 “A eficiência alocativa se realiza quando bens e/ou serviços são produzidos (em qualidade e quantidade) na medida em que os consumidores os desejam, refletindo, na exata proporção, o preço que eles estão dispostos a pagar (em outras palavras, a alocação de recursos na direção preferida pelos consumidores). Assim, reduz-se a chance de os preços e/ou serviços produzidos não serem de interesse do consumidor.” (RAGAZZO, 2006, p. 85).

3 Segundo Ragazzo (2006, p. 85), “a eficiência produtiva, por sua vez, diz respeito à capacidade de produzir e de distribuir a custos mais baixos. A pressão contínua decorrente da concorrência dos agentes econômicos competidores incentiva os produtores e distribuidores a reduzirem custos e, conseqüentemente, a praticar preços menores, sob pena de perderem clientes para outros negócios mais eficientes.”

4 “O processo de adequação às preferências do consumidor representa o incentivo necessário para que os agentes econômicos invistam em pesquisa e tecnologia, de forma a melhorar os seus produtos e serviços. Intuitivamente, aqueles que não tiverem sucesso nessa empreitada perdem espaço.” (RAGAZZO, 2006).

5 Segundo o Ministério da Fazenda (BRASIL, 2017), a OCDE “atua nos âmbitos internacional e intergovernamental e reúne os países mais industrializados do mundo e alguns países emergentes, como México, Chile, Coreia do Sul e Turquia. No âmbito da Organização, os representantes efetuam o intercâmbio de informações e alinham políticas, com o objetivo de potencializar seu crescimento econômico e colaborar com o desenvolvimento de todos os demais países membros”. E, “Embora não seja membro da OCDE, o Brasil, como *key partner* (parceiro-chave), pode participar de Comitês da Organização e de inúmeras áreas de trabalho. O país tem integrado as atividades patrocinadas pela Organização e por seus órgãos técnicos, sobretudo seminários e reuniões de grupos de trabalho, com a presença de peritos brasileiros de áreas especializadas” (BRASIL, 2017).

6 A regulação que busca pela restrição da formação de “trustes”, cartéis e/ou de combinações similares, nomeia-se

A maioria das jurisdições mundiais tem desenvolvido, ou vem desenvolvendo, programas que oferecem leniência⁷ aos membros de carteis, a fim de incentivar os violadores da legislação concorrencial a procurar as autoridades responsáveis pela defesa da concorrência⁸, confessando sua participação em determinado cartel e, em primeira mão, denunciando os demais participantes, por meio de evidências trazidas pelo próprio denunciante (*insider*), o qual fornece provas convincentes da conduta ilegal dos membros do cartel. Ainda segundo a OCDE (2015), por meio desses acordos, as evidências são obtidas mais rapidamente e, em comparação com outros métodos de investigação, mediante menor custo direto. Para obter tais informações, às partes que as fornecem são prometidas: multas mais baixas, sentenças mais curtas, resoluções menos restritivas, ou, até mesmo, a anistia completa (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015).

O presente trabalho vai se concentrar em um recurso específico, que compõe alguns programas de leniência: o primeiro da fila ou, ainda, o “primeiro a tocar o sino” – para o qual, neste estudo, serão adotados, como sinônimos, os termos “senha” e/ou “marcador” (“*marker*”). Trata-se do reconhecimento daquele denunciante que, diante de sua participação em uma violação das regras de concorrência, especialmente com relação às condutas, registra a data de sua propositura de acordo (ou aplicação do pedido) em determinado programa de leniência. O objetivo do “primeiro a tocar o sino” é estabelecer a posição do requerente (aplicante) em relação a outros candidatos a um acordo no mesmo programa de leniência, garantindo a posição privilegiada ao denunciante primitivo, ou seja, o primeiro a tocar o sino. O benefício – o qual poderia ser entendido como uma espécie de senha para determinada fila de espera pela conclusão de uma denúncia “espontânea” – é concedido para permitir que, por um período limitado, o aplicante, primeiro da fila, disponha de tempo para recolher informações adicionais sobre o cartel do qual tenha participado. Afinal, as provas produzidas pelos *insiders*, em função do mecanismo de barganha presente em políticas de leniência, são fundamentais ao aperfeiçoamento do pedido de acordos dirigidos às autoridades antitruste.

Apesar dos fins e objetivos comuns de sistemas de senha nacionais, há várias diferenças entre os procedimentos adotados pelas autoridades de defesa da concorrência de cada Estado

“antitruste”. No Brasil, em respeito ao princípio da livre concorrência (BRASIL, 1988), a regulamentação que visa coibir as práticas anticoncorrenciais (como formação de cartéis e abuso de posição dominante, por exemplo), encontra-se lastreada na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (BRASIL, 2011), que, além de promover alterações na legislação penal, para prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

7 Para os fins deste trabalho, o termo leniência será usado para descrever todos os programas que, em troca de informações e cooperação com as autoridades de defesa da concorrência, fornecem alguma redução nas sanções relativas às normas concorrenciais. Logicamente, a anistia, sendo uma dessas espécies de sanção “premiada”, está incluída no conceito mais geral de leniência. Para os fins deste artigo, a expressão “programa de leniência” será usada com referência a um programa de anistia (com referência ao termo “imunidade”, sem quaisquer sanções para o denunciante) e, ainda, relativamente a um programa de leniência (que abrange benefícios na forma de qualquer redução sanções que seriam impostas a candidatos que não se qualificam para a imunidade).

8 Em âmbito nacional, a proteção ao princípio constitucional da livre concorrência é de competência e jurisdição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, 2017), uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (BRASIL, 2011), decidindo sobre a matéria e disseminando a cultura da livre concorrência.

(jurisdição). Em resumo, esses sistemas buscam alcançar um equilíbrio entre os requisitos de configuração do *marker* altos o suficiente para filtrar os candidatos que tenham pouca informação relevante e, na outra mão, baixos o suficiente para que um potencial pedido de leniência não seja desencorajado. O atual aparelho de leniência, justamente por envolver vários sistemas nacionais de fila, cria potenciais desafios para um possível pedido de acordo com as autoridades antitruste, especialmente quando se trata de candidatos a denunciante que fazem parte de cartéis multijurisdicionais, desejosos de garantir seu lugar (senha) numa fila que, dependendo da conduta envolvida, invade várias jurisdições, em seus respectivos países.

No intuito de promover uma solução viável para o dilema relativo à obtenção de senha para acordos de leniência em diferentes jurisdições, a comunidade empresarial tem, com o apoio da BIAC (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014), sugerido que, por diversos motivos, alguns dos quais serão resumidamente expostos neste estudo, a colaboração de denunciante poderia ser facilitada mediante a adoção de um sistema de senhas em guichê único, denominado *one-stop shop*. Nesse sistema de balcão único, o primeiro a tocar o sino no guichê pré-determinado, do tipo *one-stop shop*, seria tratado, nas demais jurisdições de defesa da concorrência envolvidas, com os privilégios comumente reservados ao denunciante primitivo nacional.

Partindo do pressuposto de que a concorrência é benéfica para a sociedade (RAGAZZO, 2006) e considerando, ainda, a conduta de cartéis como a expressão mais clara de transgressão às regras de competição (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015), o primeiro objetivo do presente trabalho é apresentar os programas de combate a esses comportamentos indesejados, notadamente com relação à leniência para os denunciante e ao sistema de senhas já adotado em várias jurisdições; e, a partir do sucesso dessas políticas, e do consequente aumento de complexidade jurisdicional, reapresentar a proposta de balcão único (*one-stop shop*) para o primeiro a tocar o sino (*marker*), tratando dos custos e benefícios de implementação deste sistema.

Na persecução de seus objetivos, por se tratar de estudo com metodologia expositiva e qualitativa, este manuscrito será dividido em seis seções. Nesta “Introdução” (seção 1), o problema da conduta colusiva⁹ dos cartéis – juntamente com as considerações iniciais sobre as propostas de soluções e suas consequências – foi resumidamente exposto. Logo a seguir, na seção 2, “Cartéis e Programas de Leniência”, em consequência da conduta indesejada supracitada, o tratamento destinado por diferentes jurisdições em programa de leniência será apresentado. Mais à frente (seção 3), na etapa destinada à “Lógica da Leniência”, o presente trabalho cuidará da dialética que há por trás da conduta anticompetitiva e, adicionalmente, da coerência lógica do sistema de leniência. Na seção 4, o problema fundamental deste estudo, ou seja, o excesso de jurisdições para acordos de leniência – que, em âmbito mundial, gera ineficiência para o sistema de defesa da

⁹ Para maiores esclarecimentos sobre o termo, sugere-se “Cartel - Teoria Unificada da Colusão”, de Gico Junior (2006).

concorrência – será exposto em “Sistema de Senhas em Programas de Leniência”. Como solução para a insegurança jurídica referida na seção 4, esta pesquisa abordará a proposta de um “Balcão Único para os Primeiros a Tocarem o Sino” (seção 5). Por fim, na seção 6, as “Considerações Finais” serão resumidamente apresentadas, ultimando, assim, o constructo de subsídios técnicos para estudos porvindouros.

1 CARTÉIS E PROGRAMAS DE LENIÊNCIA

A avaliação das perdas sociais advindas das condutas que, como ocorre no caso dos cartéis, envolve o conceito de perdas dinâmicas e estáticas advindas da elevação artificial dos preços acima do nível ideal, o qual em condições competitivas, prevaleceria para o mercado consumidor. Esse desequilíbrio de preços artificialmente imposto pelos “cartelistas”, portanto, prejudica o consumidor, seja porque os consumidores finais pagam um preço mais elevado por determinado produto (perda dinâmica), seja porque, em função da uma conduta de cartel e da cotação máxima tolerada pelo comprador, não há bens suficientes para o consumo (perda estática). De qualquer maneira, em termos de lesões econômicas computáveis, trata-se de um custo social altamente relevante (GICO JUNIOR, 2006). Embora não seja fácil avaliar, em termos econômicos, os danos exatos provenientes de condutas anticompetitivas, a (Organisation for Economic Co-operation and Development (2015) estima que, a cada ano, os cartéis sejam responsáveis por centenas de bilhões de dólares em prejuízos para a economia mundial¹⁰, ou seja, mais de um trilhão de reais por ano.

Atentas aos potenciais danos supramencionados, autoridades de defesa da concorrência de todo o mundo têm feito da luta contra os cartéis uma prioridade, impondo sanções cada vez mais severas, não apenas contra as organizações empresariais, mas também em desfavor de indivíduos que, de alguma forma, contribuem para a realização de condutas anticompetitivas (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015). Os sistemas de denúncia premiada, com recompensas para o primeiro a tocar o sino, buscam aliviar essa tensão de mercado, fornecendo um mecanismo para que, contando apenas com informações iniciais sobre a sua participação num cartel, potenciais denunciadores possam abordar uma agência de defesa da concorrência, em troca de um compromisso para manter o seu lugar na linha de benefícios, por um período finito.

Os programas de leniência têm por alvo a elaboração de informações que, mediante acordos entre denunciadores e autoridades de defesa da concorrência, são levadas à jurisdição estatal por organizações empresariais de dentro do próprio cartel, aproveitando a instabilidade inerente de uma conspiração ilegal. Essa volubilidade da prática colusiva reside no fato de que, durante a prática do cartel, embora os membros do grupo façam combinações específicas (de preço e/ou de participação de mercado), estes mesmos empresários são, fora da estrutura daquele grupo ilegal,

¹⁰ Estimativa de USD 9,7 trilhões no período de 1990 a 2013, de acordo com levantamento citado pela Organisation for Economic Co-Operation and Development (2015).

concorrentes (GICO JUNIOR, 2006). E, justamente em função da competição de mercado, essas organizações têm interesse em ver seus adversários prejudicados, ou seja, a colusão é um acordo frágil, pois cada acordante deseja ver os demais membros do cartel pelas costas, bastando, portanto, um pequeno incentivo¹¹ para que o acordo seja desfeito.

A prática de oferecer tratamento “leniente” em troca da divulgação de existência de um cartel foi iniciada pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos em 1978, quando se aprovou a primeira política de leniência empresarial. No entanto, a política só começou a produzir resultados significativos apenas após a sua revisão, em 1993, que introduziu alguns dos elementos que, atualmente, são considerados críticos para a eficácia de um programa desta natureza, quais sejam: i) imunidade total para o denunciante primitivo, se não houver investigação pré-existente sobre o cartel; ii) disponibilidade de imunidade, mesmo com uma investigação já em andamento; e iii) proteção dos os agentes cooperativos de processo criminal, essencial em jurisdições com sanções penais para as pessoas físicas (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015), ou seja, na separação entre a organização empresarial (pessoa jurídica) e o responsáveis pela delação (pessoas físicas) não deve haver distinção na imunidade, a qual deve alcançar, em seus vários níveis (de total à parcial) tanto aquelas quanto estas pessoas. Ainda segundo a Organisation for Economic Co-Operation and Development - OCDE (2015), um grande número de países já emprega políticas de leniência, com variados graus de sucesso, e muitos outros têm considerado a implementação desses sistemas de anistia e/ou alterações em programas já existentes, para melhorar a eficácia relativa às consequências da delação para a defesa da concorrência.

2 LÓGICA DA LENIÊNCIA

A justificativa por trás de uma política de leniência é geralmente de duas vertentes: aumento das taxas de detecção e, conseqüentemente, de dissuasão; e, ainda, a eficiência relativa à aplicação do programa.

A dissuasão de comportamentos anticompetitivos, objetivo proeminente do emprego de uma legislação antitruste, pode ser alcançada por meio da combinação de dois fatores. O primeiro destes é o nível das sanções (pecuniárias ou criminais) impostas aos infratores, enquanto o segundo objetivo – e, quiçá, o mais importante¹² –, a taxa de detecção, está relacionado à probabilidade de

11 Embora seja usual no âmbito da Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida por *Law and Economics* (L&E), a comparação entre normas (e ordenamentos jurídicos) e sistemas de preços é incomum para os juristas mais tradicionais. Todavia, o embasamento teórico robusto, emprestado das Ciências Econômicas pela AED, pode contribuir significativamente para (numa simples análise de oferta e demanda, por exemplo) induzir comportamentos desejados pela sociedade ou, ainda, dissuadir condutas indesejadas (Gico Jr., 2010). Aos interessados que, a partir deste pequeno comentário, queiram um contato com uma leitura mais específica e sofisticada sobre indução de condutas, sugere-se, na linha da Economia Comportamental: “*Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*” (Thaler & Sustein, 2009).

12 Não é difícil perceber que, analisando a Equação 1, a taxa de detecção seria ponto fundamental do equilíbrio desejado pelo legislador na inibição de uma conduta ilícita. Afinal, bastaria levar o exemplo para uma situação do cotidiano, como normalmente ocorre no trânsito, por exemplo, para verificar que, a simples presença de um radar,

que uma conduta ilícita seja descoberta. Trata-se de um conceito básico da AED, metodologia que, resumida e analogicamente aplicada ao direito penal, poderia ser resumidamente representada da seguinte maneira:

Equação 1 – Dissuasão de Condutas Ilícitas

$$\text{Persuasão Normativa} = \text{Custo da Pena} * \text{Taxa de Detecção}$$

De acordo com esse conceito de persuasão, as políticas de leniência tendem a obter maior sucesso na medida em que, mediante alteração da estrutura de incentivos, majoram substancialmente a taxa de detecção para determinada autoridade antitruste. E, de acordo com a combinação proposta, a aplicação de sanções suficientemente elevadas contribui, em última instância, para a dissuasão de comportamentos anticompetitivos, objetivo final dos programas de leniência. Ainda no âmbito da AED, políticas dessa natureza, criam um dilema prisioneiros¹³ para participantes nos cartéis, fornecendo um forte incentivo para que um desses membros rompa as barreiras do acordo ilegal e escape da punição, enquanto os outros participantes sofrem altas sanções, maximizando a instabilidade inerente dos cartéis. Esse risco, quando visto a partir da perspectiva de um membro de determinado cartel, pode proporcionar um impedimento adicional de não vinculação a acordos anticompetitivos.

Ainda com referência à eficiência de programas de leniência, a aplicação da obrigatoriedade dos denunciadores ao fornecimento de informações e provas que, durante o processo de investigação, permitirá à autoridade estabelecer a existência, ou inexistência, de violação à norma jurídica necessária. As organizações empresariais têm a obrigação de cooperar com a autoridade de defesa da concorrência durante toda a investigação e, quando convocadas, prontamente responder a quaisquer requerimentos e/ou perguntas da autoridade antitruste. Dessa maneira, além da produção de provas mais robustas, vez que estas são produzidas de dentro do cartel, por um *insider*, há economia de recursos substanciais, pois boa parte da investigação é realizada pelo próprio denunciante (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015).

visível e devidamente sinalizado, exerce maior influência no comportamento dos agentes (motoristas) do que o valor pecuniário e/ou administrativo (perda de pontos da Carteira Nacional de Habitação – CNH) da pena. Todavia, como se trata de uma equação dependente, para gerar persuasão da conduta indesejada, esta multa não pode ser irrisória, seja do ponto de vista pecuniário, seja com relação ao seu “preço” administrativo (perda da CNH). De toda forma, trata-se de um equilíbrio que, para gerar dissuasão de condutas ilícitas, precisa ser considerado, pois, de volta ao exemplo do trânsito, tanto a “multa de custo zero” quanto a “taxa de detecção zero” produzem o mesmo resultado: falha na inibição da conduta socialmente indesejada.

13 Criado por Albert William Tucker em 1950, o dilema dos prisioneiros é um problema da teoria dos jogos no qual se supõe que cada jogador, de modo independente, quer aumentar ao máximo a sua própria vantagem sem lhe importar o resultado do outro jogador. As técnicas de análise da teoria de jogos padrão podem levar cada jogador a escolher trair o outro, mas, curiosamente, ambos os jogadores obteriam um resultado melhor se colaborassem entre eles, mantendo o acordo ilícito, no caso do cartel – infelizmente, para os prisioneiros e/ou “cartelistas”, cada jogador é incentivado individualmente para defraudar o outro, e esta é chave do dilema.

A justificativa para oferecer imunidade a um membro de determinado cartel é que os benefícios para a sociedade, derivados desta cooperação, superam o interesse público em punir a organização empresarial que, visando escapar da punição, coopera. Esses benefícios incluem: a redução de custos em investigação, como resultado das provas produzidas pelo próprio requerente; o aumento da taxa de detecção; a poupança de litígios desnecessários; e, conseqüentemente, os efeitos sobre os cartéis, no sentido da desestabilização de acordos ilegais. Todos estes benefícios combinados resultam em maior dissuasão da prática de cartel pela autoridade da concorrência, sem a necessidade de investimento de recursos correspondentes. Mas quais são as razões políticas para premiar empresários por sua cooperação em uma investigação já em curso? As autoridades de defesa da concorrência são susceptíveis de se encontrar em situações nas quais – embora conscientes da existência de um cartel, como resultado de um pedido de leniência do primeiro requerente – ainda não estejam em condições de provar a infração. Em tais situações, a cooperação de outros membros do cartel pode ser a chave para um processo bem-sucedido. A cooperação de requerentes ulteriores pode contribuir para revelar fatos adicionais, quer em termos de duração, de produto, de âmbito geográfico ou, ainda, de composição do acordo ilegal. Isso pode ser particularmente útil nos casos em que a imunidade é obtida por *players* de menor significância no cartel, para os quais o peso da multa, que poderia ser considerado irrisório para os maiores membros do cartel, é fator preponderante na equação para a tomada decisão pela leniência. Assim, a cooperação de requerentes posteriores gera ganhos de eficiência, em termos de redução dos custos administrativos, já que as agências podem obter provas sem a realização de uma investigação completa.

Os candidatos subsequentes, aqueles não contemplados pela primeira senha (*marker*), podem ser recompensados por dois tipos de cooperação com a autoridade antitruste. Em primeiro lugar, para a cooperação na investigação do caso no qual o pretense denunciante perdera a corrida pela imunidade, por exemplo, fornecendo provas que corroborem a autoridade na investigação e acusação do caso em questão. Em segundo lugar, para cooperação que não se relaciona com o caso em que o requerente perdeu a corrida, mas permite que a autoridade investigue outra possível infração – a recompensa para a segunda forma de cooperação é geralmente chamada de “*anistia plus*”.

3 SISTEMA DE SENHAS EM PROGRAMAS DE LENIÊNCIA

De acordo com o International Chamber of Commerce (216)¹⁴, um sistema de senhas é a prática de reservar um lugar para um pedido de leniência por um período definido, enquanto o próprio aplicante conduz uma investigação mais aprofundada, no intuito de aperfeiçoar seu requerimento de leniência (aplicação). A posição do requerente é reservada na fila, por certo

¹⁴ Com uma rede global de mais de 6,5 milhões de membros, em mais de 130 países, a Câmara Internacional do Comércio (ICC) “trabalha para promover o comércio internacional, a conduta empresarial responsável e uma abordagem global de regulação, por meio de uma combinação própria de atividades de ‘*advocacy*’ e de definição de padrões – juntamente com os serviços de resolução de litígios do mercado.” (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, 2017).

tempo, sob a condição de que, sempre que convidado, o aplicante forneça mais informações ou provas. Portanto, o pedido de leniência recebe uma senha, que proporciona segurança e clareza para os potenciais denunciadores, estimulando uma corrida para entrar em contato com a agência de defesa da competição. Para promover uma “corrida pela leniência”, o sistema de senhas reduz as barreiras iniciais para a entrada no programa, proporcionando transparência e previsibilidade às partes quanto ao seu potencial status na fila.

Os requisitos para obter um marcador variam entre jurisdições e, geralmente, são significativamente menores do que aqueles necessários para, eventualmente, completar o pedido de leniência. De acordo com Borrell, Jimenez e Garcia (2012), até 1999, apenas três jurisdições contavam com um programa de leniência – Estudos Unidos da América, União Europeia e Coreia do Sul. Daquele ano até 2011, ainda conforme os autores, pelo menos 44 países adotaram programas de leniência. Esse aumento da complexidade regulatória agrava a tensão entre o tempo e a precisão do sistema. Por um lado, há a necessidade imposta às organizações empresariais de reagir rapidamente à conclusão de esses empresários poderiam estar envolvidos num cartel, a fim de vencer os outros na corrida para tocar o sino em primeiro lugar. Por outro lado, os vencedores da corrida pela imunidade precisam cumprir os requisitos para a complementação de uma aplicação bem-sucedida em todas as jurisdições possivelmente afetadas pelo comportamento, e isso pode tomar um tempo considerável (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015).

A análise custo-benefício que uma organização empresarial realiza ao tomar a decisão de entrar, ou não, em um programa de leniência pode ser diferente e depende, invariavelmente, se tal organização está, ou não, considerando a aplicação do acordo de leniência em apenas uma jurisdição ou, ainda, em mais de uma competência. À medida que o número dessas competências varia positivamente, o risco de não ser o primeiro a tocar o sino em algumas destas jurisdições será maior e, por conseguinte, essa majoração de risco terá mais peso na decisão empresarial. Afinal, o pretense denunciante não poderia se ilidir em determinada jurisdição justamente pelo fato de ter realizado prova contra si mesmo noutra espectro de competência, ou seja, o prêmio dado ao primeiro da fila numa jurisdição pode, por rebote, provocar a punição deste denunciante em outra.

Para a Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD (2015), do ponto de vista das autoridades de defesa da concorrência, a tensão entre potenciais requerentes de leniência pode ter consequências em termos de: i) qualidade das candidaturas recebidas pelas agências, pois a necessidade de ganhar a corrida pode afetar o valor e extensão das informações fornecidas pelos candidatos; ii) relevância de alguns pedidos; e, ainda, iii) potencial diminuição de aplicações. O Comitê Consultivo da Indústria (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014) sugeriu que, em resposta a essas preocupações, a OCDE considerasse a política de senhas (*marker*) em balcão único (*one-stop shop*), preservando o lugar dos candidatos entre as diferentes jurisdições e, assim, encorajando o uso de programas de

leniência.

Considerando que, segundo os indicadores até aqui apresentados, notadamente em função daqueles trazidos por organizações privadas e por representantes destas, o sistema de leniência tem conduzido membros de cartéis à aplicação de denúncias “espontâneas”, é possível considerar que os programas de leniência têm obtido relativo sucesso. Todavia, tratando-se de empreendimentos que atuam em nível global, falta a esses programas de anistia um elemento que, com redução de custos e majoração da segurança jurídica, aumente os incentivos dos denunciadores para entrar na corrida pelo acordo de leniência. Lastreado nesse sucesso, e com vistas ao aperfeiçoamento do sistema, surge a proposta de um *one-stop shop* mundial para que, mediante determinadas condições, possíveis “cartelistas” apliquem seus requerimentos de anistia.

4 BALCÃO ÚNICO PARA OS PRIMEIROS A TOCAR O SINO

Antes de apresentar a solução proposta por Taladay (2012), embasada pela International Chamber of Commerce -ICC (2016) e pela Organisation for Economic Co-operation and Development (2014), aqui exposta com lastro nas considerações trazidas por Lacerda (2014)¹⁵, é necessário estabelecer as diferenças básicas entre dois conceitos relativos à defesa da concorrência: sistema de senhas em programas de anistia às condutas colusivas; e guichê único para a aplicação do pedido de leniência. Os sistemas nacionais de repressão aos cartéis costumam, via de regra, contar com um sistema de premiação, distribuindo marcadores aos vencedores da corrida pela leniência. Todavia, não é tão comum que, mesmo no âmbito do próprio Estado, haja um balcão unificado (*one-stop shop*) para o depósito das aplicações. Assim, é possível que, numa mesma jurisdição, o empresário envolvido numa conduta caracterizada como cartel, não saiba a qual órgão da administração pública dirigir seu pedido de leniência, ou seja, embora seja mais raro, é imaginável que, num mesmo país, duas organizações empresariais envolvidas na mesma conduta ilegal, submetam seus requerimentos à avaliação de autoridades distintas. Ainda que, diante de uma política de defesa econômica relativamente nova, como é o caso da leniência, esse problema persista internamente, para os fins do presente estudo, o *one-stop shop* é tratado como uma possibilidade, mediante discussão e acordo entre os países envolvidos, de balcão único para as aplicações de requerentes de diversas jurisdições.

No sistema recomendado por Taladay (2012), uma senha seria concedida ao primeiro candidato, marcando para este requerente um lugar na fila em todas as jurisdições que participam do sistema, por meio da aplicação de um *marker*, concedido em *one-stop shop*. Tendo o requerente apresentado um pedido válido, a agência que recebeu o requerimento, mediante uma análise

15 O trabalho de Lacerda (2014), publicado na Revista de Defesa da Concorrência sob o título “*The leniency programs and the creation of a one-stop shop for markers*”, além de elaborar considerações sobre o sistema de *markers* em *one-stop shop*, o faz sob a ótica do SBDC, ou seja, diante de uma análise da legislação brasileira que, notadamente com relação à regulamentação de competência do CADE, poderia ser alterada para a “recepção” do mecanismo de senha para o primeiro a tocar o sino.

inicial, notificaria imediatamente todas as outras jurisdições participantes que o marcador (senha) foi concedido ao denunciante. A partir do sucesso de sua requisição inicial, o aplicante teria, então, determinado prazo para aperfeiçoar seu pedido de leniência nas demais jurisdições afetadas, de acordo com as normas exigidas por cada uma dessas jurisdições, tudo no período previsto no sistema de balcão único. Assim, cada autoridade de defesa da concorrência continuaria a operar seu programa de leniência, concedendo, ou não, de acordo com as regras estabelecidas em seus próprios regulamentos, o tratamento de leniência condicional. Resumidamente, as principais características do mecanismo de senhas concedidas em balcão único proposto seriam (TALADAY, 2012): i) o sistema deve ser voluntário para as agências; ii) o mecanismo deve ser igualmente voluntário para os candidatos; e iii) o sistema estaria disponível apenas para o primeiro requerente (*marker*) a tocar o sino.

Os defensores do sistema de senhas em balcão único reconhecem que, para a aplicação do mecanismo, seria necessária uma harmonização mínima dos sistemas de senha existentes, os quais teriam que concordar quanto ao prazo mínimo para aperfeiçoar os pedidos de leniência e, ainda, quanto aos requisitos mínimos de informação necessários à obtenção da senha de primeiro a tocar o sino. Isso sem mencionar as questões relativas à natureza automática ou discricionária da senha, ao ponto na investigação até o qual este marcador esteja disponível, à disponibilidade do *marker* para os candidatos subsequentes e, ainda, à capacidade dos possíveis denunciante para se candidatar a uma senha forma anônima.

Entre as vantagens potenciais do sistema de senhas em balcão único para os empresários estaria, principalmente, a redução da complexidade regulamentar de lidar simultaneamente com várias solicitações de senha. Do ponto de vista das organizações empresárias, o guichê único aliviaria a tensão entre a necessidade de apelar para de leniência – logo que possível, a fim de garantir o maior benefício possível, dando um passo à frente dos demais membros do cartel – e a obrigação de tomar o tempo necessário às investigações, em cumprimento das informações necessárias para uma aplicação bem-sucedida.

Do ponto de vista das agências, pode haver várias vantagens na adesão ao mecanismo de balcão único. Em primeiro lugar, o sistema provavelmente melhoraria a qualidade das informações fornecidas pelos requerentes de leniência. Em segundo lugar, uma vez que um pedido de senha seja bem-sucedido, todas as jurisdições participantes do sistema seriam automaticamente alertadas sobre existência do suposto cartel. Em terceiro lugar, haveria um melhor alinhamento dos tempos das investigações de cartéis das agências envolvidas, já que todos se tornariam conscientes dos comportamentos anticompetitivos no mesmo momento. Além disso, o mecanismo de senhas em balcão único facilitaria a cooperação e a coordenação das investigações entre as agências afetadas, gerando um incremento de aprendizagem considerável (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015).

Quanto ao potencial impacto sobre o sistema global de luta contra os cartéis, apenas uma

agência teria de manusear e avaliar a aplicação para o balcão único, liberando as outras autoridades de executar a mesma tarefa. O sistema também poderia fortalecer os esforços em matéria de cartéis transfronteiriços e reduzir o risco de não perseguição deste tipo de cartel, vez que o balcão único (*one-stop shop*) de senhas (*marker*) acabará expondo, pelo menos potencialmente, o cartel a um maior número de jurisdições. Essa exposição, por si, tende a majorar os incentivos para fazer uso de programas de leniência, aumentando, conseqüentemente, a dissuasão geral de condutas anticompetitivas.

A criação de balcão único para o sistema de senhas exigiria das jurisdições um acordo sobre os requisitos de informação mínimos exigíveis do requerente, aqueles que devem ser cumpridos para a obtenção da senha de primeiro a tocar o sino. Além disso, as jurisdições precisariam concordar com o prazo de aperfeiçoamento do pedido de leniência, que é o período dado ao requerente para aperfeiçoar seu pedido e, assim, obter leniência em todas as jurisdições afetadas. Sob a maioria dos regimes de leniência existentes, a concessão de um *marker* é uma questão processual que pode ser modificada informalmente pela própria agência de defesa da concorrência. O maior custo do sistema se refere ao desenvolvimento de um acordo sobre determinado quadro de informações mínimas e prazos para aperfeiçoamento, lidando com possíveis conflitos de regulamentação que possam surgir a partir daí. Além dos custos de transação mencionados, as autoridades de defesa da concorrência podem estar relutantes quanto à sua inscrição em um sistema de senhas para aplicação em guichê único, que incluiria outras agências, por vezes incapazes de fornecer garantias de confidencialidade adequadas. Afinal, como já mencionado por Lacerda (2014), raras são as jurisdições que, tradicionalmente, têm expertise no trato do tema.

CONCLUSÃO

Diversas jurisdições introduziram recursos em seus programas de leniência para aumentar os incentivos das organizações empresariais quanto à sua entrada nesses mecanismos de delação, ou, ainda, para reduzir as incertezas quanto aos benefícios disponíveis ao requerente no momento da aplicação. No sentido de reduzir tais incertezas, o sistema de senhas parece ser um recurso adequado, pois sua finalidade seria permitir que os candidatos reservassem seu lugar na fila de leniência – e, por óbvio, garantissem os benefícios provenientes desta senha – por um tempo pré-determinado, para que os requerentes possam recolher as informações necessárias, completando um pedido de leniência bem-sucedido.

Apesar dos propósitos e objetivos comuns de sistemas de senha nacionais, há muitas diferenças entre os mecanismos existentes. Estas diferenças se prendem, especialmente, às informações que as jurisdições necessitam para completar uma aplicação senha bem-sucedida, ao tempo que as agências concedem ao candidato aperfeiçoar o pedido, à natureza automática ou discricionária da senha, ao ponto na investigação até o qual a senha esteja disponível, à

disponibilidade do *marker* para os candidatos subsequentes e, ainda, à capacidade dos possíveis denunciadores para se candidatarem a uma senha forma anônima. O desenvolvimento positivo dos programas de leniência aumentou a complexidade (notadamente regulamentar) que as organizações enfrentam, quando precisam se decidir sobre um pedido de leniência em várias jurisdições. Logo, estes empreendimentos empresariais levantaram a questão da convergência dos programas de leniência como o próximo passo para garantir o sucesso continuado da ferramenta.

A adoção da proposta de guichê único, além de reduzir os custos de investigação para todas as agências e para os possíveis requerentes, garantiria um lugar geral na fila ao primeiro a tocar o sino, diminuindo as incertezas para os requerentes. Do ponto de vista das autoridades de defesa da concorrência, o sistema tem o potencial para expor a existência do cartel a um conjunto mais amplo de agências, pois todas as jurisdições participantes do sistema seriam alertadas da aplicação da primeira senha, diminuindo potencialmente o risco de impunidade mundial de possíveis cartéis. O mecanismo também tem o potencial de alinhar o calendário das investigações sobre condutas anticompetitivas, favorecendo uma cooperação mais eficaz entre os órgãos envolvidos, seja para aumentar a qualidade das evidências fornecidas pelo requerente de leniência, seja para evitar pedidos supérfluos. Ao mesmo tempo, a adoção de tal sistema não ocorre sem custos, incluindo aqueles associados ao desenvolvimento e a adoção de regras mínimas para concessão da primeira senha, como é o caso dos requisitos mínimos para a denúncia e, também, do prazo para aperfeiçoamento do pedido de leniência.

REFERÊNCIAS

BORRELL, Joan Ramón; JIMÉNEZ, Juan Luis; GARCÍA, Carmen. Evaluating Antitrust Leniency Programs. **XREAP**, 2012. doi:<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1993027>

BRASIL. [(Constituição 1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica... Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 30 nov. 2011.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Portal do MF**. Disponível em: <<http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-cooperacao-internacional/ocde>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. **Portal do CADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora, 2006.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-32, 2010. doi:<http://dx.doi.org/10.18836/2178-0587/ealr.v1n1p7-33>

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE - ICC. **ICC Proposal to ICN for a one-stop-shop for leniency markers**. mar. 2016. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/icc-proposal-icn-one-stop-shop-lenieny-markers/>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE - ICC. **ICC Gateway**. Paris, 2017. Disponível em: <<https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/>>. Acesso em: 1 abr. 2017,

LACERDA, João Felipe Aranha. The leniency programs and the creation of a one-stop shop for markers. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 64-75, nov. 2014. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/140>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

MENDES, Dany Rafael Fonseca. **A função social da propriedade intelectual**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Univesridade Católica de Brasília – UCB, Brasília.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Competition and the use of markers in leniency programmes**. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/markers-in-leniency-programmes.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Note by the secretariat**. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/markers-in-leniency-programmes.htm>> Acesso em: 19 mar. 2017.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, v. 1, p. 83-96, 2006. doi: <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2006v10n0p83>

TALADAY, John M. Time for a global “one-stop shop” for leniency markers. **Antitrust**, Chicago, v. 27, 2012.

THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Nova York: Penguin Books, 2009.

Como citar: OLIVEIRA, Michel Angelo Constantino; MENDES, Dany Rafael Fonseca; HERRERA, Gabriel Paes. Cidadania e políticas públicas no contexto do programa de educação previdenciária – PEP. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 41-55, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 41. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 13/04/2017

Aprovado em: 07/11/2018

**ANÁLISE DAS COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS MUNICIPAIS
SOBRE O ENFOQUE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
GERENCIAL**

ANALYSIS OF MUNICIPAL LEGISLATIVE COMPETENCES ON
THE MANAGEMENT PUBLIC ADMINISTRATION APPROACH

Érika Loureiro Borba*
Fabício Molica de Mendonça**
Valquíria Marina Santos Rodrigues***

* Doutoranda em Ciências da Linguagem pela Universidade do Vale do Sapucaí- UNIVÁS. Mestra em Administração Pública pela Universidade Federal de Lavras - UFLA. Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna. Professora substituta na Universidade Federal de São João Del Rei - UFSJ. E-mail: erikaloureiro.borba@gmail.com

** Doutor em Engenharia de Produção pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Extensão Rural pela Universidade Federal de Viçosa. Especialista em finanças. Graduado em Administração pela Universidade Federal de Viçosa. Atualmente é professor adjunto IV da Universidade Federal de São João Del-Rei, bem como professor do curso de Mestrado Acadêmico em Administração do CEFET-BH. E-mail: fabriciomolica@yahoo.com.br

*** Graduada do curso de Direito do Centro Universitário de Lavras. E-mail: valquiriarodrigues2010@hotmail.com

Como citar: BORBA, Érika Loureiro; MENDONÇA, Fabrício Molica de; RODRIGUES Valquíria Marina Santos. Análise das competências legislativas municipais sobre o enfoque da administração pública gerencial. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 56-71, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 56. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar as contribuições da administração pública gerencial nos processos de execução das competências legislativas municipais. Obteve-se como resultado a efetiva demonstração de que a administração pública gerencialista traz maiores benefícios aos cidadãos, porém, para garantir uma prestação de serviços públicos efetivos em âmbito é preciso ir além da redefinição da atuação dos municípios necessitando, por exemplo, de um melhor repasse de verbas para a efetivação de suas competências. Conclui-se então que o município, ao pautar suas ações sob a ótica da administração pública gerencialista tem a possibilidade de aumentar a efetividade na prestação dos serviços públicos, atingindo seu objetivo fundamental que é o interesse local. Ao estabelecer metas a serem cumpridas, criando um balanço entre as delimitações constitucionais e o interesse local, o administrador municipal alcança um sistema de funcionamento que se aperfeiçoa com o decurso do tempo, mas principalmente concede ao cidadão um rol de benefícios aos quais ele tem direito. Porém, é preciso ampliar também o repasse de verbas, por exemplo, para que os municípios tenham condição de dar mais efetividade às políticas públicas de interesse da sociedade.

Palavras-Chaves: Competências legislativas municipais; Gerencialismo; Administração pública.

Abstract: The objective of this paper is to analyze the competencies of the public administration in relation to municipal legislative powers. For this reason, this study demonstrates that the better management of public bodies renders greater benefits to citizens. However, in order to guarantee effective access to public services, this research shows that the government should act beyond redefining municipal activities, as they also require, for example, a better transfer of funds in order to guarantee more services that fulfill their constitutional competencies. This paper concludes that municipalities, in guiding their actions with the perspective of the effective management of the public administration, has the possibility of increasing the usefulness and effectiveness of public services, which upholds their fundamental objective: guarantying local interest and needs. By establishing goals, the municipality creates a balance between constitutional delimitations and local interest. Moreover, the municipal administrator achieves a functioning system that improves with the passage of time, as it mainly grants citizens a list of benefits to which they are entitled. However, this paper fundamentally concludes that in order to guarantee public municipality programs, it is also necessary to increase the transfer of funds so that they are able to be more effective in their public policies that mirror the interests of society.

Keywords: Municipal Legislative Competencies; Management; Public Administration.

INTRODUÇÃO

O Estado Federal possui em si uma gama de Estados vinculados por uma aliança federativa. Cada estrutura federativa tem características muito particulares já que cada Estado lhe dá um contorno diferente. Como característica dominante observa-se a descentralização política baseada na partilha de competências em acordo com os interesses da própria Federação.

A Federação brasileira tem presença forte na vida do indivíduo pois todos os poderes, central e regional, interferem direta e indiretamente sobre o cidadão. Como exemplo tem-se a questão tributária, que por efeito da divisão das competências tributárias elencadas na nossa Constituição Federal, o indivíduo acaba tendo que seguir comandos da União, dos Estados-Membros e dos Municípios. Ao elevar o município ao mesmo patamar da União e dos Estados, a Constituição Federal de 88 dotou-o de uma gama de competências, de modo que fosse possível o exercício de suas atividades.

Apesar de residual, a competência dos municípios confere-lhe autonomia para auto administrar com base no interesse local. Posto isso, destaca-se que o município também teve que adequar à operacionalização de suas competências com base no gerencialismo, sistema de governo que vê o cidadão como 'cliente', onde as decisões tomadas pelo ente governamental buscam qualidade na prestação de serviços ao cidadão.

A autonomia dos municípios busca garantir aos seus cidadãos uma prestação estatal que efetivamente corresponda às suas necessidades, pois se torna impossível para uma Nação com 26 Estados, como o Brasil, atender à demanda de cada município adequando à sua realidade.

Já o modelo gerencial é embasado pela cultura de empreendedorismo e utiliza-se de ferramentas da gestão do setor privado adaptadas ao setor público com o objetivo de promover maior qualidade de vida ao cidadão. Assim, o objetivo principal da implementação deste modelo de gestão foi promover a substituição do modelo burocrático de forma a buscar maior eficiência à máquina estatal através da redução de controles centralizados e com foco na gestão por resultados.

Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo analisar as contribuições da administração pública gerencial nos processos de execução das competências legislativas municipais. Para tanto, apresentará no referencial teórico os seguintes temas: divisão de competências, o município na federação brasileira, competências municipais, administração pública gerencial. Utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, buscando por meio de dados bibliográficos, provenientes das correntes jurídicas e administrativas, dados suficientes para abordar o tema de modo a compreendê-lo em sua integralidade.

1 DA DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS NO ESTADO BRASILEIRO

A este estudo, interessa o enfoque sobre o aspecto estrutural e territorial do Estado, ou seja, a maneira com que o poder se irradia por todo o território da União. O Brasil tornou-se um estado federal com a promulgação da Constituição de 1891, deixando para trás o Império unitário

e concedendo às suas províncias mais autonomia, além da participação da vontade da União.

A irradiação do poder político vem de no mínimo duas ordens jurídicas, o poder central e as ordens regionais, tendo o indivíduo de submeter-se a ambas pois trata-se apenas de uma partilha de competências, que é uma característica primária do Estado Federal (ANJOS, 2012). O federalismo torna-se vívido e atual já que vai se moldando de acordo com as necessidades que se apresentam ao Estado. Assim, esclarece Bastos (2015) que a federação, tal como a democracia, é um processo que está em constante aperfeiçoamento e adaptação de acordo com as novas realidades.

Neste sentido, de acordo com Costa (2007), a federação é uma forma de Estado em que há essencialmente autonomia recíproca entre União e Estados-membros, porém, no Brasil, esta autonomia jurídico-política foi estendida também aos municípios.

Sendo o Estado brasileiro uma nação federalista, é fundamental a análise da característica descentralizadora do poder governamental. A divisão de competências proposta pela Constituição da República de 1988 permite uma integralização da proposta gerencialista, utilizando-se da própria dinâmica descentralizadora por ela proposta.

Neste sentido, Ferreira Filho (1989 *apud* SANTANA, 1998) afirma ser bastante complexa a repartição de competências na Constituição Brasileira, que insiste em centralizar competências à União, deixando obrigações residuais para seus entes federados.

Ainda assim, estão presentes as características referentes ao Estado Federado; características estas definidas por Lenza (2014) como sendo a descentralização política; repartição de competências (o que garante autonomia entre os entes federativos); constituição rígida como base jurídica; inexistência do direito de secessão (baseado no princípio da indissolubilidade do vínculo federativo); soberania do Estado federal; intervenção; auto-organização dos Estados-Membros; estabelecer um guardião da constituição e a repartição de receitas.

Existido previsão normativa constitucional para a auto-organização das Unidades Federativas (constituições estaduais, por exemplo), com base no caput do art. 25 da Lei Maior, podem demandar atos normativos em função de suas competências e em todas as vezes que a Constituição for omissa quanto das competências residuais.

A priori, competências, segundo Aguiar (1990), consistem na esfera delimitada de poder que se outorga a um órgão ou entidade estatal mediante a especificação de matérias sobre a qual se exerce o poder de governo.

Já Lenza (2014) divide as competências da União em duas espécies distintas: competência não legislativa (administrativa ou material), e competência legislativa. Aquela regulamenta o campo do exercício das funções governamentais; pode ser exclusiva (sendo indelegável ao Ente Federado), ou comum aos Entes Federados. Esta diz das competências definidas na constituição para elaborar leis.

A competência não legislativa exclusiva está prevista no artigo 21 da Constituição Federal; já a comum aos Entes Federados, cuja qual mais nos interessa, está prevista no artigo 23 do texto maior (LENZA, 2014).

Já a competência legislativa privativa, prevista no artigo 22 da Constituição, apesar de ser

privativa da União o parágrafo único do artigo 22 permite que, através de lei complementar, tal competência seja delegada aos Estados. No que tange à competência legislativa concorrente, esta encontra embasamento no artigo 24 da Carta Magna, funcionando de modo que, havendo inércia da União em legislar regras gerais, podem os Estados suplementar tal lacuna legislando sobre a norma geral. Em caso de legislação federal posterior, suspende-se a eficácia da legislação estadual, no que lhe for contrária, aplicando-se ambas em conjunto (LENZA, 2014).

Explanado acerca das divisões de competências, passa-se a analisar as principais características do município no âmbito da federação brasileira.

2 O MUNICÍPIO NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA E AS COMPETÊNCIAS MUNICIPAIS

A Constituição Federal de 1988 ao elevar o Município ao mesmo patamar onde se encontram a União e os Estados, dotou-o de uma gama de competências onde por meio delas tornou-se possível o exercício de suas atividades. Na perspectiva de Lenza (2014) os municípios são pessoas jurídicas de direito público interno e autônomas nos termos de acordo com as regras estabelecidas na CF/88.

E Sudfeld (1990 *apud* SANTANA, 1998) explica em linhas gerais que o município é pessoa jurídico-constitucional, integrante necessária da Federação brasileira e isônoma em relação aos demais entes federados, titular de competências administrativas próprias, outorgadas diretamente pela Constituição Nacional.

Com a Constituição de 1967, por exemplo, o município não exercia papel como ente federal, existindo apenas como divisão interna dos estados. Com o advento da Constituição da República de 1988, o município foi elevado ao patamar de ente federal, constando no preâmbulo da Constituição e tendo sua competência, apesar de residual às competências da União e dos estados, prevista nos artigos 29 e 30 da Carta Magna.

Para tanto, Santana (1998) explica que a regra básica determinante da seara da competência constitucional do Município decorre de tudo aquilo que se determina como interesse local. Concluindo que a autonomia municipal está edificada em quatro capacidades básicas, sendo elas: I - capacidade de auto-organização (art. 29, caput, CF/88); II - capacidade de autogoverno (art. 29, I - XIV, CF/88); III - legislação própria (art. 29, I - XIV, CF/88); IV - capacidade de autoadministração (art. 30, CF/88).

Quanto às competências municipais, a exemplo da União, também se dividem em não legislativas (administrativa ou material) e legislativas. Aquela se divide em comum, que diz das competências residuais; tanto da União, quanto dos Estados; previstas na CF/88 no artigo 23, e privativas, previstas no artigo 30, III a IX, da Constituição Federal. Esta se divide em expressa, prevista no artigo 29, caput, da CF/88 (também definida como capacidade básica municipal em auto organizar-se); interesse local, prevista no artigo 30, I, da CF/88; suplementar, prevista no artigo 30, II, da CF/88. Assim, Lenza (2014) entende que tal competência também se aplica às regras do artigo 24, suplementando as normas gerais e específicas no que diz respeito ao interesse

local); plano diretor, estabelecida no artigo 182, §1º, da CF/88; e competência tributária expressa, estabelecida no artigo 156 do texto Magno.

Destaca-se que o exercício da autonomia municipal somente é possível diante da consagração de competências, que constituirão o campo dentro do qual o Município irá desenvolver as atividades que lhes são próprias. Neste sentido, destaca-se os dizeres de Almeida (1991, p. 79):

Conhecidas a diferentes técnicas de repartição de competências testadas ao longo do tempo, não é difícil identificar no modelo adotado pela Constituição brasileira de 1988 a combinação de praticamente tudo o que já se experimentou na prática federativa. Estruturou-se com efeito, um sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação.

Vale destacar que o critério de definição utilizado pela Constituição Federal pode ser resumido no seguinte: à União tocam todos os poderes a ela conferidos pela Constituição, ao passo que aos Estados-Membros cabem todos os poderes residuais ou remanescentes. Isto é, aos entes estaduais foram conferidos os poderes não atribuídos à União ou aos Municípios.

Os Municípios, por sua vez, recebem nessa partilha todos os poderes inerentes à sua autonomia para dispor sobre aquilo que diga respeito ao seu interesse local. Como observa Bastos (2015, p. 270): “o conceito-chave utilizado para definir a área de atuação do Município é o de interesse local. Cairá, pois, na competência municipal tudo aquilo que for de seu interesse local.”

Neste sentido, observa-se que a competência municipal está voltada apenas para o conceito de interesse local. A Constituição, porém, acabou por demonstrar outras competências exclusivas conforme se verifica do artigo que trata do assunto que abaixo é descrito.

Art. 30. Compete aos Município:

- I– Legislar sobre assuntos de interesse local;
- II– Suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
- III– Instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
- Iç– Criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;
- ç– Organizar e prestar, diretamente ou sobre regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
- çI– Manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;
- çII– Prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de

atendimento à saúde da população;

- çIII– Promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;
- IE– Promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual (BRASIL, 1988).

Pelo teor do artigo 30 de nossa Carta Magna, verifica-se que o constituinte optou por não apartar em dispositivos distintos as competências materiais legislativas. Assim esclarece Almeida (1991, p. 125):

Quanto à forma de apresentação das competências municipais, preferiu o constituinte englobar num mesmo artigo as competências legislativas e materiais, privativas e concorrentes, abandonando a técnica mais racional de separar essas modalidades em artigos diferentes. Assim é que nos incisos I e II do artigo 30 se cuida, respectivamente, da competência legislativa concorrente, cabendo-lhe suplementar a legislação federal e estadual, no que couber.

As competências que ganham vida através da atuação da Câmara Municipal atuando conjuntamente com o Prefeito, necessário se faz destacar que elas são de duas ordens: privativas e concorrentes.

Desta forma, depreende-se que os municípios devem pautar suas condutas, que visam à operacionalização de suas competências, com fins no interesse público e, por isso, estas ações devem se pautar no paradigma gerencial já que o mesmo busca garantir maior eficiência para a gestão pública com relação ao atendimento das necessidades dos cidadãos.

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL

Inicialmente é preciso evidenciar os modelos de gestão pública implementados no Brasil antes da administração pública gerencial. Neste sentido, tem-se que a gestão patrimonialista advém do patriarcalismo, onde as tomadas de decisão se dão conforme o entendimento do gestor, de acordo com suas intenções pessoais e, por isso, no âmbito da administração estatal torna-se inexistente a diferença entre esfera pública e esfera privada (WEBER, 2004; FAORO, 2008).

Portanto, na perspectiva de Faoro (2008), o patrimonialismo pessoal se converte em patrimonialismo estatal na figura do gestor público, promovendo a oportunidade de ascensão política, ora se utilizando do prestígio, ora reprimindo transtornos que buscam romper com o sistema de controle.

Posteriormente, a administração pública sofreu significativa transformação com o desenvolvimento do modelo burocrático que, de acordo com Torres (2007), contribuiu para a melhora quantitativa e qualitativa da mesma.

Desta forma, destaca-se como características da gestão burocrática: a hierarquia de

comando, a primazia das normas, a impessoalidade, que visam à democratização das relações políticas e sociais como forma de romper com o patrimonialismo, a centralização das decisões, a especialização técnica, a continuidade e o controle das ações (FERREIRA, 2011).

Assim, esse sistema foi responsável pela racionalização do modo de vida do mundo na medida em que estabeleceu que, para atingir determinado fim, é preciso delimitar objetivos e meios para seu alcance (WEBER, 2004). O conflito existente entre burocracia e democracia, sob a análise weberiana, se dá, principalmente, com relação à estrutura centralizante e hierarquizada da primeira que, em alguns casos, impede a ação dos demais atores sociais, restringindo a sua participação na elaboração de políticas públicas.

Como as decisões são concentradas em órgãos determinados e suas ações são pré-estabelecidas pelos grupos que os representam, a defesa do interesse público se vê prejudicada, já que se corre o risco deste diferir da vontade da maioria, aquela convencionada pelos cidadãos, para refletir os anseios dos grupos dominantes. Desta forma, “tanto as características quanto as vicissitudes da burocracia afetam a gestão das políticas públicas, merecendo destaque a especialização, que difundiu a ideia de que as políticas públicas são produtos estritamente tecnicistas, sendo, portanto, dominadas pelos burocratas” (FERREIRA, 2011, p. 63-64).

A burocracia, de forma geral, foi importante para a tentativa de superação das mazelas dos governos clientelistas e patrimonialistas, mas ao mesmo tempo, segundo Saraiva e Capelão (2000), gerou desajustes no que diz respeito às prestações de serviços que se tornaram de baixa qualidade, lentas, caras e pouco direcionadas à demanda real dos cidadãos.

O descontentamento com a prestação dos serviços no âmbito da gestão burocrática fomentou o desenvolvimento da administração pública gerencial, no início da década de 80, que se pautou pela introdução no aparato estatal de ideias e técnicas gerenciais advindas do setor privado (FADUL; SILVA, 2008).

O gerencialismo tem por objetivos: melhorar as decisões estratégicas do governo, garantir o bom funcionamento dos mercados; impulsionar a autonomia e capacitação gerencial dos administradores públicos; assegurar a melhoria dos serviços prestados se pautando pela perspectiva do cidadão como consumidor; terceirizar os serviços públicos; a busca constante pela eficiência administrativa; separação das atividades exclusivas e não exclusivas do Estado, ou seja, descentralização; incentivar a participação social nas instituições estatais apesar de manter o processo decisório centralizado (BRESSER-PEREIRA, 1998; PAULA, 2005).

O modelo gerencial é embasado pela cultura de empreendedorismo com o objetivo de promover maior qualidade de vida ao cidadão, que é percebido como um cliente de seus serviços, a um custo reduzido (BRESSER-PEREIRA, 2000).

Assim, o objetivo principal da implementação da gestão gerencialista foi promover a substituição do modelo burocrático de forma a prover maior eficiência à máquina estatal através da redução de controles centralizados e com foco na administração por resultados. No que diz respeito à participação social, este modelo tem como característica a centralização dos processos decisórios e, portanto, a participação se dá apenas em nível de discurso (CANÇADO *et al.*, 2011;

BRESSER-PEREIRA, 2000; PAULA, 2005).

Vale ressaltar que uma das características do gerencialismo, segundo Misoczky (2004), é o foco nos resultados e, por isso a descentralização de processos e a delegação de poder foram as principais inovações trazidas por este modelo no âmbito da gestão estatal (KETTL, 2005).

Para isso, segundo Rezende (2011, p. 70-71):

Várias mudanças de procedimentos operacionais foram necessárias em face da ênfase em resultados, orientação básica das organizações privadas. Isso determinou a necessidade de avaliações de desempenho com adaptações ou desenvolvimento de métodos específicos de monitoria e avaliação, o que exigiu clara delimitação das áreas de atuação do Estado, a definição de metas para as agências e órgãos governamentais, o estabelecimento de objetivos para os gestores de programas e a verificação da produção (comparações entre desempenho e objetivos e a mensuração de resultados [...]).

No que diz respeito à administração pública gerencial Osborne e Gaebler (1995) colocam em questionamento como os governos deveriam funcionar, trazendo soluções práticas visando torná-los mais eficientes no aspecto aqui elucidado, qual seja, a melhor prestação de atividade estatal com base no interesse social local. Em suas teses, os autores deixam claro que seu posicionamento coloca o Estado em um “meio-termo”, nem atuando como governo burocrático hipercentralizado, mas também sem ser “Estado-mínimo”.

Para os autores retro, o Estado burocrático não se adapta mais a realidade social atual, carecendo de instituições que atendam às necessidades populacionais com rapidez e flexibilidade. Apontam a lentidão das burocracias governamentais como causa da má gestão, esclarecendo que o acúmulo de controles por parte do Estado impossibilitou que houvesse uma avaliação dos resultados obtidos visando aperfeiçoamento.

Com base na necessidade do governo “empreendedor”, Osborne e Gaebler (1994 *apud* OLIVEIRA; SILVA; BRUNI, 2012) introduzem a ideia da administração gerencialista, sintetizando princípios a serem aplicados para transformar a funcionalidade do governo conhecidos como “Dez Mandamentos da Administração Gerencialista, tais como: a) governo catalisador: catalisar a ação dos setores público, privado e voluntário; b) governo que pertence à comunidade: dar poder aos cidadãos, transferindo o controle das atividades à comunidade; c) governo competitivo; d) governo orientado por missões: orientar-se por objetivos, e não por regras e regulamentos; e) governo de resultados; f) governo orientado ao cliente; g) governo empreendedor; h) governo preventivo: atuar na prevenção dos problemas mais do que no tratamento; i) governo descentralizado; e j) governo orientado para o mercado.

As primeiras experiências de administração gerencialista se deram em governos neoliberais, com Margaret Thatcher (Inglaterra) e Ronald Reagan (EUA), que visavam o equilíbrio fiscal de uma economia mundial prejudicada pela crise do sistema capitalista dos anos 70. Neste sentido, Abrucio (1997 *apud* OLIVEIRA; SILVA; BRUNI, 2012), ao discorrer sobre as experiências gerencialistas, fala sobre a experiência inglesa, tendo como abordagem o *managerialism*, que

possui três visões diferentes das abordagens gerencialistas: o modelo puro, o consumeirismo e o public service orientation. O modelo gerencial puro foi o primeiro a ser implantado na Inglaterra a partir da eleição do governo conservador de Margareth Thatcher. Este modelo estava mais direcionado à redução de custos e ao aumento da eficiência e produtividade do serviço público.

O Public Service Oriented (PSO) é a mais recente corrente dos modelos gerenciais, tendo seus conceitos ainda em fase de amadurecimento teórico para atender aos novos desafios gerados pelas demandas da administração gerencial. O PSO busca abrir novos caminhos para a discussão gerencial, explorando suas potencialidades e preenchendo boa parte de suas lacunas, através da introdução dos conceitos de *accountability* e equidade na prestação de serviço público (ABRUCIO, 1997; FADUL; SOUZA, 2006).

Os conceitos de *accountability* e de participação dos cidadãos são resgatados dentro de um conceito mais amplo, o da esfera pública, que se utiliza da transparência como forma de proteção contra novas formas particularistas de intervenção na arena estatal, como são o clientelismo e o corporativismo (ABRUCIO, 1997).

Assim, Osborne e Gaebler (1994 *apud* OLIVEIRA; SILVA; BRUNI, 2012) contribuíram na evolução do gerencialismo, para Abrucio (1997) e Secchi (2009), na medida em que consideraram imprescindíveis os conceitos de equidade, *accountability* e participação dos cidadãos nos governos a fim de reconstruir o setor público e com a coerência na utilização de valores primários de racionalidade, eficácia e liberdade de escolha.

No Brasil a administração gerencialista começou a desenvolver-se com a Reforma Gerencial do Estado Brasileiro, promovida pelo então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) do governo FHC, Luiz Carlos Bresser Pereira (FADUL; SILVA, 2008 *apud* RIBEIRO; PEREIRA; BENEDICTO, 2013).

Utilizando-se de um modelo gerencial influenciado pelos modelos americano e britânico, o então ministro do MARE buscava aplicar os “Dez Mandamentos da Administração Gerencialista” propostos por Osborne e Gaebler (1995) em sua obra “Reinventando o Governo” para contextualizar a administração gerencial no Brasil, porém, conforme explica Rezende (2004), quando o MARE foi absorvido pela Secretaria de Gestão (SEGES) do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, em 1999, acabou-se focando apenas no aspecto fiscal da reforma gerencialista, o que resultou a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Já Freitas Junior (2009) explica que segundo o texto do Plano Diretor proposto em 1995 a estratégia da Administração Gerencialista relaciona-se com três pontos: 1º definição dos objetivos a serem atingidos pelo administrador; 2º garantia de autonomia ao administrador para gerir recursos humanos, materiais e financeiros para alcançar os objetivos estipulados; e 3º controle *a posteriori* dos resultados.

4 AS COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS MUNICIPAIS SOB A ÓTICA DO GERENCIALISMO

Conforme já exposto, a administração pública gerencial foi implementada no Brasil com a quarta reforma proposta em 1995, pelo Ministro Bresser-Pereira durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, sendo uma derivação do modelo estadunidense e do modelo inglês. Assim, utilizou-se dos estudos de Osborne e Gaebler (1995) para ‘roteirizar’ os ideais de uma administração pública gerencial efetiva e eficaz para elaborar uma comparação teórica das competências legislativas municipais estabelecidas no texto do artigo 30, da CF/88 com os chamados “dez mandamentos da administração gerencial” e das variáveis apresentadas por Paula (2005) no artigo “Administração pública brasileira entre o gerencialismo e gestão social”.

Seguindo o texto legal, ressalta-se que o inciso I do artigo 30, estabelece que “compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local” (BRASIL, 1988). Pois bem, conforme já explanado, a administração gerencial busca acima de tudo um ‘retorno’ do Estado para o cidadão-cliente, utilizando-se de ideais empreendedoras para gerenciar os serviços que eventualmente presta em favor do cidadão. Tal dispositivo compreende-se no pensamento dos autores Osborne e Gaebler (1995, p. 181) quando dizem que “Governos democráticos existem para servir os cidadãos. As empresas existem para gerar lucro. No entanto, quem mais empenha no sentido de servir ao povo americano, de maneira até obsessiva, são as empresas”. Por isso que, segundo Paula (1995), visando combater a ineficiência do Estado causada pelo engessamento que o modelo burocrático causava devido à sua má interpretação pelos agentes públicos, o projeto político da administração gerencial tinha como foco principal a busca pela eficiência da gestão pública com fincas no ajuste estrutural da máquina pública. E, desta forma, reconheceu-se a importância dos municípios com relação à prestação dos serviços públicos, por ser o ente federado mais próximo da população.

No inciso III do artigo 30, temos que “compete aos municípios instituir e arrecadar tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei” (BRASIL, 1988). Tal dispositivo coaduna com o ideal de Osborne e Gaebler (1995) de que o governo deve ser empreendedor, gerando receitas ao invés de despesa. E Paula (2005) assevera que o gerencialismo tem como ponto basilar a busca pela eficiência administrativa através de um ajuste estrutural da máquina pública, baseada nas recomendações dos organismos internacionais e no próprio movimento gerencialista. O problema que se tem hoje é relacionado à dificuldade de expansão da arrecadação dos municípios, cuja consequência se revela nos diversos problemas com relação à prestação dos serviços públicos. Neste sentido, Tristão (2003) destaca que no que diz respeito à arrecadação tributária dos municípios ocorrem os seguintes problemas: as transferências intergovernamentais corroboram no sentido desestimular os municípios a buscarem novos meios ou otimização do sistema de arrecadação; aqueles municípios considerados de pequeno porte e predominantemente rurais têm os piores índices de arrecadação tendo em vista que a maioria dos impostos municipais incide mais sobre as atividades urbanas.

O inciso V do artigo 30 estabelece que “compete aos municípios, organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”. Analisando os estudos de Osborne

e Gaebler (1995), os autores são categóricos ao afirmar que governos empreendedores procuram alterar o sistema de recompensas e incentivos aplicando critérios de avaliação e resultados, obrigando as empresas ‘terceirizadas’ a obterem uma maior performance. Os autores também afirmam, ao discorrer sobre o ‘governo competitivo’, que o monopólio dentro do setor público, abriga ineficiência e inibe qualquer tentativa de mudança.

Desta forma, Paula (2005) destaca que no que diz respeito à organização administrativa do aparelho do Estado, o gerencialismo aponta como fundamental a separação entre as atividades exclusivas e não-exclusivas do Estado, ou seja, é recomendado que os municípios atuem diretamente naquelas atividades que são exclusivas e avaliam a possibilidade de agirem em parceria com organizações do setor privado e/ou organizações sociais, as demais atividades que são fundamentais para a população. Assim, o município agiria de forma a fiscalizar a atuação destas outras organizações, de acordo com o interesse público, o que poderia resultar na otimização das ações e redução do número de contratações pelas prefeituras.

Os incisos VI e VII do artigo 30 estabelecem que “compete aos municípios manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental e prestar serviços de atendimento à saúde do cidadão”.

Segundo evidencia Paula (2005), é preciso considerar a divisão das atividades dos entes federados, de acordo com a perspectiva do gerencialismo, em atividades exclusivas, e, por isso, não passíveis de serem terceirizadas, como, por exemplo, legislação, regulamentação, fiscalização, formulação e implementação de políticas públicas. E as atividades não-exclusivas, que permitem a terceirização em diferentes graus, que correspondem às atividades de caráter competitivo como, por exemplo, os serviços sociais e as atividades auxiliares como, por exemplo, transporte e serviços técnicos. Porém, todas as atividades precisam de financiamento e, para tanto, a cooperação financeira é fundamental.

No que diz respeito à prestação destes serviços pelos municípios, é preciso ressaltar que é fundamental que as formas de financiamento destas políticas públicas sejam consistentes e coerentes com as reais necessidades dos municípios (CORRALO, 2015), priorizando a eficiência econômica alinhada à prestação dos serviços.

A ideia central é a de que o consumidor/eleitor é quem escolhe, através do voto e no mercado político, a estrutura fiscal, definindo implicitamente a distribuição de encargos e competências entre os níveis de governo, promovendo ao mesmo tempo a descentralização e a eficiência econômica. O mercado político funcionaria como um disciplinador dos governos subnacionais e como um espaço de revelação das preferências do eleitor/contribuinte por meio do voto. A oferta de bens públicos (com definição da distribuição de encargos entre os entes da federação) e o seu financiamento (as competências tributárias) seriam redefinidos, sendo que o eleitor racional tenderia a preferir descentralizá-los ao máximo para efeito de uma melhor fiscalização (VARGAS, 2011, p. 57).

O maior problema está no fato de que ocorreu a descentralização das políticas públicas da União para os estados e municípios, principalmente para estes últimos, mas não houve a repartição das receitas na mesma monta. E, como resultado, tem-se que a ineficiência de muitos municípios

na prestação dos serviços. Neste sentido, Arretche (2002) apresenta que foi a partir da década de 90 que a União conseguiu estabelecer condições institucionais para promover a implementação de programas de transferência das atribuições para os governos locais que, segundo Osborne e Gaebler (1995), são essenciais para a boa prestação dos serviços públicos e para a fiscalização das ações pela sociedade.

Porém, tem-se a necessidade de que haja correspondência entre a distribuição das competências e as receitas públicas, sendo condição *sine qua non* para a efetivação das políticas públicas. Quando não há tal correspondência, há reflexos negativos na autonomia política dos entes federados evidenciando, por exemplo, a dependência financeira de um para com os demais (CORRALO, 2015), como é o caso da maioria dos municípios brasileiros.

Por fim, os incisos II, IV, VIII e IX do artigo 30 da CF/88, dizem em geral das competências residuais dos municípios. São elas: suplantando as lacunas legislativas da União e dos Estados, criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano e promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual (BRASIL, 1988). Desta forma, evidencia-se que Osborne e Gaebler (1995) estabeleceram a importância de um governo descentralizado para a efetividade de uma administração gerencial, empreendedora e catalisadora de forma a deslocar grande parte das decisões para a ‘periferia’, delegando-as aos clientes, às comunidades e às organizações não-governamentais, de modo a horizontalizar a hierarquia e dar maior autonomia a cada membro. Porém, Paula (2005) destaca que, dentro do modelo da administração pública gerencial, a participação se dá apenas no nível do discurso porque o modelo ainda é centralizador no que se refere aos processos decisórios.

CONCLUSÃO

Este estudo teve como objetivo central analisar as contribuições da administração pública gerencial nos processos de execução das competências legislativas municipais e, para tanto, levantou questões referentes às características do gerencialismo, das competências legislativas municipais como também as principais interfaces entre estas duas temáticas.

A partir do que foi exposto é possível dizer que a implementação da administração pública gerencial foi importante para trazer uma nova perspectiva de ação para a gestão pública, principalmente, otimizando suas ações e buscando melhor atender as necessidades dos cidadãos. Porém, considerando que nenhum dos modelos de administração foi efetivamente abandonado tem-se que, a nível municipal, existem diversas aplicações das competências legislativas municipais, nas quais utilizam-se em geral regras da administração gerencialista, mas que ainda encontram barreiras no que diz respeito à sua operacionalização devido à presença da gestão patrimonialista e/ou burocrática na gestão pública.

Neste sentido, o município, ao pautar suas ações sob a ótica da administração pública

gerencialista tem a possibilidade de aumentar a efetividade na prestação dos serviços públicos, atingindo seu objetivo fundamental que é o interesse local. Ao estabelecer metas a serem cumpridas, criando um balanço entre as delimitações constitucionais e o interesse local, o administrador municipal alcança um sistema de funcionamento que se aperfeiçoa com o decurso do tempo, mas principalmente concede ao cidadão um rol de benefícios aos quais ele tem direito. Porém, é preciso ampliar também o repasse de verbas, por exemplo, para que os municípios tenham condição de dar mais efetividade às políticas públicas de interesse da sociedade.

Na teoria, se aplicado em sua totalidade, o texto constitucional elevaria o Estado brasileiro ao mesmo patamar dos estados em que a administração pública gerencialista deu certo como EUA e Inglaterra. Porém, como estabelecido pelo presidente FHC, necessário seria uma mudança cultural do povo brasileiro para desenraizar o patrimonialismo e a burocracia enquanto engessamento da máquina pública para então evoluir-se para um sistema gerencialista mais efetivo. Seria necessária uma reforma cultural que talvez levaria décadas para ser efetivamente implantada para que a administração gerencial pudesse ser efetiva e eficaz no cenário administrativo público brasileiro.

Espera-se que este estudo contribua para a ampliação da discussão acerca da temática das competências legislativas municipais como forma de melhorar sua efetivação por parte dos gestores públicos e, conseqüentemente, trazendo melhores resultados para a sociedade.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**. Brasília: Escola Nacional de Administração (ENAP), 1997.

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito Poder e Opressão**. São Paulo: Alfa-ômega, 1990.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991

ANJOS, Rubya Floriani dos. Estado Federal e repartição das competências tributárias. *In*: **Conteúdo Jurídico**. Brasília, DF, 2 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37874&seo=1>>. Acesso em: 25 maio 2017.

ARRETCHE, Marta. Federalismo e relações intergovernamentais no Brasil: a reforma dos programas sociais. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 3, p. 431-458, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRESSER- PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Moderna Gestão**

Pública: dos Meios aos Resultados, Lisbon: Edição INA-Instituto Nacional de Administração, 2000: 55-72.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 5-42, jan./mar. 1998.

CANÇADO, Airton Cardoso; PEREIRA, José Roberto Pereira. Gestão Social: por onde anda o conceito? In FERREIRA, Marco Aurélio Marques; EMMENDOERFER, Magnus Luiz; GAVA, Rodrigo (org.). **Administração pública, Gestão Social e economia solidária: avanços e desafios**. Viçosa: UFV, 2011

CORRALO, Giovani da Silva. O Estado brasileiro: entre o federalismo fiscal e a autonomia financeira municipal. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 259-273.

COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária:** exequibilidade de lei tributária e direitos do contribuinte. São Paulo: Malheiros, 2007.

FADUL, Élvia Mirian Cavalcanti; SILVA, Lindomar Pinto da. Retomando o debate sobre a reforma do Estado e a nova administração pública. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO, 32., 2008, Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Rio de Janeiro: ANPAD, 2008.

FADUL, Élvia; SOUZA, Antonio Ricardo de. Revisitando a administração pública brasileira através dos seus processos de reforma. RCA. **Revista de Controle e Administração**, v. II, p. 111-133, 2006.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FERREIRA, Patrícia Aparecida. **Gestão de políticas públicas:** uma proposta de modelo processual de análise. 2011. 306 f. Tese (Doutorado em Administração) - Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2011.

FREITAS JUNIOR, Dionysio Borges de. **Avaliação da administração pública gerencial em municípios por meio de indicadores**. 2009. 139 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2009.

KETTL, Donald F. **The global public management revolution**. 2. ed. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014

MISOCZKY, Maria Ceci; BORDIN, Ronaldo. **Gestão local em saúde:** práticas e reflexões. Porto Alegre: Dacasa, 2004.

OLIVEIRA, A. B. R. E.; SILVA, U. B. D.; BRUNI, A. L. Gerencialismo e desafios contemporâneos da gestão de custos públicos no Brasil. **Revista de Estudos Contábeis**, Londrina, v. 3, n. 5, p. 63-82, Jul/Dez 2012

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo:** como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Brasília: MH Comunicação, 1995.

PAULA, Ana Paula Paes de. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. **Revista de Administração de Empresas**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 1, p. 36-49, jan./mar. 2005.

REZENDE, João Batista. **Administração pública em municípios de pequeno porte do sul de Minas Gerais**: velhas questões, modernas leis e práticas patrimonialistas. 2011. 241 f. Tese (Doutorado em Administração) - Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2011.

REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que falham as reformas administrativas?** Rio de Janeiro: FGV, 2004.

RIBEIRO, Livia Maria de Pádua; PEREIRA, José Roberto; BENEDICTO, Gideon Carvalho de. As reformas da administração pública brasileira: uma contextualização do seu cenário, dos entraves e das novas perspectivas. *In*: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO, 37., 2013, Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Rio de Janeiro: ANPAD, 2013.

SANTANA, Jair Eduardo. **Competências legislativas municipais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARAIVA, Luiz Alex Silva; CAPELÃO, Luiz Gonzaga Ferreira. A nova administração pública e o foco no cidadão: burocracia x marketing? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 2, p. 59-77, 2000.

SECCHI, Leonardo. **Modelos organizacionais e reformas da administração pública**. **Revista Administração Pública** [online]. 2009, vol.43, n.2, p.347-369.

TORRES, Lars Hasselblad. Citizen sourcing in the public interest. **Knowledge Management for Development Journal**, Wageningen, v. 3, n. 1, p. 134-145, 2007

TRISTÃO, José Américo Martelli. **A administração tributária dos municípios brasileiros**: uma avaliação do desempenho da arrecadação. 2003. 172 f. Tese (Doutorado em Administração) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2003.

VARGAS, Neide César. A descentralização e as teorias do federalismo fiscal. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 32, n. 1, p. 51-76, jun. 2011.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UNB, 2004. v. 1.

Como citar: BORBA, Érika Loureiro; MENDONÇA, Fabrício Molica de; RODRIGUES Valquíria Marina Santos. Análise das competências legislativas municipais sobre o enfoque da administração pública gerencial. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 56-71, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 56. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 01/06/2017

Aprovado em: 21/11/2018

**A CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE DE CUSTO-BENEFÍCIO NA
AVALIAÇÃO DA EFICIÊNCIA DE REGRAS FUNDIÁRIAS DO
DISTRITO FEDERAL**

THE CONTRIBUTION OF COST-BENEFIT ANALYSIS IN THE
EVALUATION OF THE EFFICIENCY OF PUBLIC LAND RULES OF
DISTRITO FEDERAL

Marco Tulio Chaves Oliveira*
Benjamin Miranda Tabak**

* Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília-UCB. Especialista em Direito Processual Civil pelo ICPD-UNICEUB. Graduado em direito pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília - atual UNICEUB. Graduado em Licenciatura – História pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília - atual UNICEUB. Professor de Processo Civil no UNIPLAN
E-mail: marcotoliveira2009@hotmail.com

** Doutor em Economia pela Universidade de Brasília – UnB. Mestre em economia pela Universidade Federal Fluminense. Graduação em Economia pela Universidade Federal de Uberlândia. Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas-FGV.
E-mail: benjaminm.tabak@gmail.com

Como citar: OLIVEIRA, Marco Tulio Chaves; TABAK, Benjamin Miranda. A contribuição da análise de custo-benefício na avaliação da eficiência de regras fundiárias do distrito federal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 72-90, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 72. ISSN: 1980-511X.

Resumo: Este artigo se propõe a avaliar a eficiência de algumas regras do Plano Diretor do Ordenamento Territorial (PDOT) do Distrito Federal, sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED). Aborda implicações práticas de tais normas no comportamento dos habitantes daquela unidade federativa, no contexto da política pública de terras. Expõe os princípios básicos e definições daquele ramo do conhecimento jurídico, em particular o critério de Kaldor-Hicks e a análise de custo-benefício. Conclui que a imposição sancionatória prevista por aquele regramento não interfere de maneira eficaz junto aos tomadores de decisão das negociações fundiárias. A lei também deve prever incentivos *ex ante* tanto para os agentes integrantes das trocas econômicas atuais quanto para eventuais danos causados por negligências vindouras. Ao final, faz sugestões quanto a futuras propostas legislativas relacionadas ao tema.

Palavras-chave: Plano diretor do ordenamento territorial; Análise Econômica do direito. Eficiência; Política pública de terra.

Abstract: This paper evaluates the efficiency of some of the articles of the “Plano Diretor do Ordenamento Territorial”

(PDOT) of the Federal District, utilizing Law and Economics in order to understand them. Moreover, this study addresses the practical implications of such norms on the behavior of a city's population, specifically in the context of public land policy. Furthermore, this research examines primordial legal concepts within this theme – particularly the Kaldor-Hicks criterion and the cost-benefit analysis. This paper concludes that the penalty imposed by this law does not influence the natural consequences of land negotiations. Additionally, this study also advocates for more incentives as a means to better these current economic exchanges and avoid possible damages caused by negligence. Ultimately, this study suggests some future legislative proposals in order to solve some of the studied legislative inconsistencies.

Keywords: Plano Diretor do Ordenamento Territorial (PDOT); Law and Economics; Efficiency; Public Land Policy.

INTRODUÇÃO

O texto constitucional determinou a elaboração de um plano diretor¹ para centros com população superior a vinte mil habitantes, cujo principal objetivo é servir como instrumento da política de desenvolvimento e expansão, devendo ser aprovado pela Câmara Municipal, sinalizando que a lei ordinária deverá estabelecer, do ponto de vista local, a disciplina para o uso do solo, e sobre o qual autores contemporâneos indicam novos pontos de vista, equacionando elementos como gestão democrática, participação local e sustentabilidade (TYBUSCH; GREGORI, 2011; LACERDA, 2014), o que foi concretizado no Distrito Federal a partir do ano de 2009 por intermédio da Lei Complementar n. 803, de 25 de abril de 2009, denominado Plano Diretor do Ordenamento Territorial² (PDOT).

Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo responder a seguinte questão: em que medida a análise do custo-benefício contribui para avaliar a eficiência de regras fundiárias relativas a (e na solução dos conflitos pela) propriedade/posse da terra urbana no Distrito Federal? Uma das razões para formular tal pergunta pode ser buscada na quantidade de ações judiciais³ que envolvem a disputa pela propriedade (ou posse) da terra, entre particulares e o Governo Distrital, cujas taxas de aumento e diminuição são variáveis.

O custo-benefício, exposto na sequência deste trabalho, é um dos muitos conceitos presentes numa área (jurídica) recente, denominada Análise Econômica do Direito⁴ (AED), que utiliza princípios da Economia na avaliação de problemas de ordem prática (a exemplo dos conflitos fundiários), indicando possíveis soluções para tais conflitos. Partindo de premissas diferentes das observadas tradicionalmente no mundo jurídico, utiliza argumentos e perspectivas diversas (COOTER, 2010; PORTO, 2011; RODRIGUES, 2007; TABAK, 2015), preocupada, por exemplo, com o impacto que a regra de direito, estabelecida pelo legislador para resolver disputas específicas, poderá ter no comportamento de partes que estiverem em condições semelhantes no futuro.

O texto divide-se em duas partes. Na primeira, dispositivos iniciais do PDOT serão objeto de análise pelo diálogo produzido por autores da AED, expondo elementos geralmente não considerados no direito. Na segunda, relacionados alguns princípios fundamentais e conceitos utilizados pela AED, valer-se-á do critério de Kaldor-Hicks para a apreciação da eficiência daqueles dispositivos, mediante a avaliação do custo-benefício de situações específicas do PDOT, podendo tal padrão ser considerado como meio de exame do bom desempenho da lei (TABAK, 2015) para, ao final, indicar algumas sugestões a serem adotadas nas futuras propostas legislativas

1 Constante do art. 182 e §1º, nos seguintes termos: A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. §1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

2 Por sua vez, atende as diretrizes previstas na Lei Federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto das Cidades).

3 Dados obtidos no site oficial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), sobre os quais se falará adiante.

4 Mencionam-se os nomes de Ronald H. Coase (*The problem of social cost*) e Guido Calabrese (*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*), no início da década de 1960, como seus precursores.

da normatização fundiária.

1 PLANO DIRETOR DO ORDENAMENTO TERRITORIAL (PDOT) DO DF: UMA ANÁLISE INICIAL

A finalidade do PDOT⁵, exposta no art. 2º, sugere que o comportamento que se pretende obter, por parte dos habitantes do Distrito Federal (DF), reverterá em benefícios que atingirão o maior número possível de pessoas. Pode-se fazer tal afirmação num contexto que relaciona a função social da propriedade⁶ com as definições de interesse social e conveniência. Tal relevância coletiva (interesse social) trata do melhor bem-estar, para o maior número possível de indivíduos. Por sua vez, conveniência diz respeito a tudo aquilo que busca otimizar recursos ou alcance de recursos de tempo, energia e capital que evitem o desperdício (CACHO, 2012). O bem-estar social seria avaliado pela soma simples e não ponderada da utilidade individual (PORTO, 2014).

Uma decorrência da utilização da propriedade privada fundiária, considerando o dispositivo indicado e partindo de algumas premissas utilizadas pela análise econômica do direito, seria que aquele direito atribui a alguém que mora no Distrito Federal a faculdade de decidir a utilização de seu patrimônio, significando a possibilidade de transação do direito de domínio numa economia de mercado, assegurando que sua titularidade poderá ser transferida de quem lhe confere menos para quem lhe atribui mais valor (RODRIGUES, 2007). Considerando o modo genérico como aquele direito foi inserido no contexto do PDOT, a utilização da propriedade fundiária atenderia um interesse geral (ou função social), toda vez que duas (ou mais) pessoas pudessem estabelecer, por exemplo, uma negociação de compra e venda de um imóvel entre particulares.

Como se verá adiante, o fato do plano diretor territorial do Distrito Federal estar em sintonia formal com o texto constitucional não impede a ocorrência de ilícitos fundiários, o que poderia em parte explicar o surgimento e crescimento de condomínios irregulares (PRADO JUNIOR, 1998). Por outro lado, a destinação geral indicada, quanto ao uso do solo urbano no DF remete a alguns requisitos exigidos dos proprietários da terra, os quais devem ser satisfeitos para que se considere adequada a utilização fundiária, previstos no art. 40, §§1º e 2º, do PDOT⁷. Obedecidas tais obrigações, cumprida estaria a finalidade da regra de comportamento. Talvez não fosse essa a conclusão, caso se fizesse uma avaliação do custo-benefício de tais normas, objeto da próxima seção. Isso porque o simples fato de haver regramento formal que se proponha a reprimir ocupações ilegais não é o suficiente para impedir tal ocorrência.

5 Nos seguintes termos: “propiciar o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e rural e o uso socialmente justo e ecologicamente equilibrado de seu território, de forma a assegurar o bem-estar de seus habitantes”. O legislador não informou exatamente o significado da expressão “bem-estar”.

6 Prevista expressamente em dispositivos da Constituição Federal de 1988, dentre os quais: art. 5º, inc. XXIII (“XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”), art. 170, inc. III e art. 182, §2º (“a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”).

7 Que assim dispõe: Art. 40. O coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno, conforme segue: I – coeficiente de aproveitamento básico; II – coeficiente de aproveitamento máximo. §1º O coeficiente de aproveitamento básico corresponde ao potencial construtivo definido para o lote, outorgado gratuitamente, a ser aplicado conforme indicado nos Anexos V e VI desta Lei Complementar. §2º O coeficiente de aproveitamento máximo representa o limite máximo edificável dos lotes ou projeções, podendo a diferença entre os coeficientes máximo e básico ser outorgada onerosamente, e será aplicado conforme indicado nos Anexos V e VI desta Lei Complementar.

É possível indagar, ainda, se na elaboração da lei fundiária distrital o autor do projeto de lei fez algum tipo de projeção ou pesquisa relativa à toda cadeia que envolve a construção civil, ao indicar o “coeficiente de aproveitamento básico” (art. 40, inc. I, §1º, PDOT). Considerado apenas como normatividade, parece que ao PDOT não foram incorporados aspectos de natureza prática, como a possibilidade de que alguém deliberadamente ignore a regra que determina o registro imobiliário prévio como pressuposto para a venda legítima de uma casa por uma pessoa a outra⁸.

Outra hipótese, sobre a qual se falará adiante, é a de que o legislador não considerou que alguém pode avaliar que a multa administrativa, prevista em lei, para o caso de serem violadas as regras fundiárias distritais, não representa impeditivo para a realização da venda de um imóvel num condomínio irregular, pelo simples fato de que o percentual daquela sanção é baixo o suficiente a ponto do comprador avaliar como suportável o risco dessa despesa. Tais exemplos demonstram que indivíduos que participam de transações (de mercado) também levam em consideração elementos extra-jurídicos, para tomarem suas decisões. Ocorre que estas, por sua vez, podem gerar consequências socialmente indesejadas, o que se observa no modelo de formação do espaço urbano do Distrito Federal. O quadrilátero brasiliense deve ser considerado como um aglomerado urbano formado por um núcleo (Brasília), cuja sede é o Plano Piloto, diversos centros secundários (cidades-satélites) e uma extensa periferia, conhecida como entorno, ou seja, diversos municípios do Estado de Goiás, tais como Luziânia, Planaltina, Águas Lindas, interdependentes entre si (STEIBERG; MANIÇOBA, 2009).

Isso significa que (inclusive diariamente) há um fluxo migratório entre tais regiões. Tais movimentos também são realizados com a intenção de fixar residência no DF, o qual, ao menos de modo expresso, não foi mencionado no art. 37 do PDOT, sugerindo que o impacto causado por tal não foi considerado na elaboração da política fundiária. Variadas clientelas com diferentes (e às vezes antagônicas) interesses, oriundas das regiões mencionadas, deslocam-se para o Distrito Federal na busca da melhores condições e, ao participarem de negociações que envolvam bens imóveis, não dispõem do direito de fazer o parcelamento do solo sem antes promover a regularização, aprovada previamente por órgãos previstos em lei⁹, o que pode contribuir, repita-se, para a formação de loteamentos irregulares, gerando demandas, expectativas e eventuais conflitos (SILVA, 2006).

Uma comparação a ser feita na situação descrita, que diz respeito à concepção da propriedade e, por extensão, sua função social, é a de que, de modo diverso ao que faz a dogmática jurídica, a AED não busca necessariamente explicar o conceito de tal direito, mas antever as consequências de formas alternativas de normas a ele relacionadas (PORTO, 2017).

2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) E A EFICIÊNCIA NORMATIVA

Analizados os dispositivos indicados na seção anterior, nesta será feita uma breve

8 Veja Dayrell e Tabak (2017) para uma discussão à luz da AED sobre o sistema de informações territoriais.

9 A regularização fundiária no Distrito Federal é realizada por intermédio de uma Empresa Pública, a TERRACAP (Companhia Imobiliária de Brasília), instituída pela Lei Federal n. 5.861, de 12 de dezembro de 1972.

contextualização da AED, apresentando alguns elementos utilizados na apreciação de institutos jurídicos, dentre eles o critério de Kaldor-Hicks, com a finalidade de avaliar a eficiência de algumas regras da política pública fundiária do Distrito Federal.

2.1 Princípios e conceitos

Tradicionalmente, a Economia tinha por objeto de estudo os aspectos relativos à produção, ao comércio, à distribuição da riqueza e fatos correlatos. Porém, na metade do século XX, desenvolveu um modo próprio de estudar e avaliar os fenômenos sociais acerca das escolhas sobre a utilização dos recursos (RODRIGUES, 2007). Outra perspectiva é a de que aquela ciência fornece elementos gerais de análise, tais como uma teoria comportamental no sentido de prever como as pessoas reagem às leis bem como a previsão dos efeitos das políticas sobre as distribuições da renda e da riqueza (COOTER, 2010). Para relacionar o campo econômico e o jurídico é que se faz necessária uma metodologia que considere as preferências e escolhas individuais, tomando o direito de propriedade, no sentido privado de seu uso, mencionado na primeira parte, ampliadas (e transformadas) em decisões sociais (SZTAJN, 2005).

Fundamentalmente, o método econômico utiliza três princípios para elaboração de seu raciocínio. Primeiro, parte da premissa que os agentes atuam de forma racional¹⁰ para fazerem suas escolhas a fim de minimizar o seu custo, o que poderá interferir na obtenção de um resultado que maximize seu bem-estar. Em segundo lugar, no processo de avaliação das alternativas ocorre um equilíbrio, aplicável diretamente à livre negociação dos agentes econômicos, em situação de mercado, sendo esta a forma como, em determinadas circunstâncias, a interação social determina as opções disponíveis. Por fim, o critério básico para avaliar a ação humana é a eficiência, que será atingida levando-se em consideração alguns critérios (RODRIGUES, 2007), sobre os quais se falará adiante. É possível, porém, que o tomador de decisão possa não ser completamente racional e ficar sujeito a algum viés de julgamento, ou seja, algum tipo de interferência durante suas escolhas. Tome-se como exemplo uma pessoa que deseje adquirir um terreno para nele construir uma casa e abrigar sua família.

Em que pese, do ponto de vista ideal, tratar-se de uma proposta plausível, se avaliar que não possui dinheiro suficiente para negociar diretamente com quem seja proprietário de um imóvel, mas, ao invés disso, com alguém que esteja em situação irregular, poderá futuramente gerar uma situação na qual será demandado judicialmente. Dentre outros motivos, isso ocorreria porque geralmente os agentes tomadores de decisão consideram os benefícios e os custos particulares e não os sociais (TABAK, 2015) de seu comportamento.

Além dos princípios indicados, a AED tenta explicar e prever o comportamento dos agentes e pessoas atingidas pela lei e, por outro lado, busca aperfeiçoar a regra de direito indicando relações,

10 Significando agir racionalmente: 1) ter preferências pré-determinadas; 2) que as consequências das escolhas acarretem uma utilidade; 3) a opção feita por uma das alternativas é feita se o benefício decorrente supera o custo para obtenção do bem pretendido (RODRIGUES, 2007). Racionalidade também implica (POSNER, 1998) em decisões, tomadas geralmente em condições de incerteza.

sejam sobre eficiência econômica, distribuição da riqueza ou outros valores, nas quais possam haver consequências indesejadas pelo legislador (POSNER, 1998). Nesse contexto, podem ser feitas duas perguntas (PORTO, 2014): como o comportamento dos indivíduos é afetado pela lei? E outra, não menos importante: quais são as melhores normas em termos de medidas de bem-estar social e como comparar diferentes regras? Se formulada de uma outra forma, qual o impacto ou resultado que a norma jurídica, sob certas condições, pode produzir em determinada comunidade?

Outros questionamentos podem ser feitos (COOTER; ULEN, 2010): como uma regra estabelecida pelo legislador para resolver disputas específicas no âmbito de trocas atuais irá afetar o comportamento de partes que se encontrem em situação semelhante no futuro? E essa reação é desejável? Para responder tais perguntas a investigação inicia a partir de um conceito básico, a saber, eficiência, central no enfoque normativo da análise econômica (CACHO, 2012) e fator relevante a ser considerado na elaboração de políticas públicas que se proponham a atingir determinada meta a um custo menor.

Outra definição que tem lugar na análise econômica do direito é o de externalidade, que pode ser intuído mediante um exemplo. Na tragédia ocorrida no ano de 2015, próximo à cidade mineira de Mariana, ocorreu um dos maiores desastres ambientais no Brasil. Houve rompimento de uma barragem de contenção de resíduos e uma incontável quantidade de lama e detritos causou enormes danos, com perda de vidas humanas, com prejuízos ambientais e para populações locais e distantes. Todas as pessoas que não participavam da extração de minérios foram atingidas e viram seu patrimônio danificado, às vezes de modo irreparável, numa ocorrência a que não deram causa. Neste exemplo, consideram-se externalidades os benefícios ou custos que as atividades da mineradora impuseram a terceiros, que não são expressas pelo sistema de preços.

2.2 Análise econômica do direito: eficiência e critérios

Na análise econômica, o termo eficiência possui alguns significados. Tradicionalmente, refere-se à otimização de alguma medida de valor (PORTO, 2014). Com isto se quer dizer que ao ser atribuída importância a determinado bem, uma regra ou juízo será considerado eficiente se conseguir maximizar a utilidade de tal objeto. Acrescentem-se duas definições: bem-estar individual e utilidade. O primeiro pode ser medido pela utilidade que o agente retira das decisões que toma, assim como as que não tomou mas tinha condições em fazê-lo. A segunda abrange desde os bens imateriais, a exemplo do amor, da alegria e da desilusão (PORTO, 2014) até aqueles com valor economicamente aferível, tais como um carro ou um terreno.

Mas há coisas que as pessoas se importam do ponto de vista individual, mas que não são aspectos da essência humana (ADLER; POSNER, 2009), a exemplo de evitar a dor, socializar-se e fazer sexo. Neste sentido, não necessariamente entrariam numa típica análise de custo-benefício. Em termos mais restritos, a Economia se empenhou em delinear critérios que pudessem ser utilizados na avaliação da eficiência quanto à circulação da riqueza, ou seja, de quem menos atribui

para quem mais confere valor. O primeiro deles, denominado ótimo de Pareto¹¹, pode ser proposto da seguinte forma: quando alguém fica melhor, numa sociedade, considerando suas circunstâncias anteriores e mediante a mudança de atribuição de bens, sem que ninguém fique pior, tal situação é considerada eficiente (SZTAJN, 2005). A fórmula acima tem lugar num cenário de competição perfeita ou ideal, em que os agentes possuem as mesmas condições para realizarem escolhas e de atuação econômica, significando que não será adequada qualquer reorganização dos fatores produtivos ou formas de produtividade que possibilitem o aumento da utilidade de uma pessoa sem reduzir de alguma outra.

Outro padrão, tradicionalmente utilizado, é denominado *eficiência de Kaldor-Hicks*¹², pelo qual se determinada decisão (ou regra), tendo como parâmetro um somatório individual simples, gerar utilidade para os integrantes de uma sociedade, será considerada eficiente (PORTO, 2014). Aqui, a preocupação ou finalidade é a proposição, do ponto de vista coletivo, de uma política que gere benefícios para todas as pessoas de uma cidade. Retomando a comparação dos critérios de eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks, se aplicados na avaliação de eficiência de uma norma jurídica, é possível constatar a diferença de resultados. Assim, normas relativas ao uso da propriedade urbana que pretendessem assegurar o “bem-estar de seus habitantes”, ou seja, em que se desencadeassem utilidades coletivas e não meramente individuais, estariam cumprindo bem o seu papel. Se analisadas sob o critério de Pareto, as regras fundiárias a serem vistas adiante deveriam, por um lado, fazer com que os agentes econômicos, nas relações que envolvessem o gozo das prerrogativas dos direitos de propriedade dos bens imóveis no Distrito Federal (DF), obtivessem vantagens e, por outro, não houvesse uma única pessoa com piora do seu bem-estar. Na prática, isso significaria a inexistência de déficit habitacional pelo fato de todas as pessoas poderem adquirir imóveis e *também* que nenhuma deixe de compra-los em razão do alto preço de mercado ou mesmo por outras razões.

2.3 O argumento de Coase e análise de custo-benefício

Com o aprofundamento dos estudos sobre a conveniência em se estabelecer de modo adequado os direitos de propriedade¹³, o economista britânico Ronald Coase desenvolveu um argumento, também conhecido como *Teorema de Coase*, no qual propôs que o Estado pode intervir para obrigar os agentes a internalizar as externalidades, não significando, ressalta, que tal interferência seja necessária. Alegava que a intervenção estatal para impor uma alteração no comportamento individual de uma das partes envolvidas numa transação só será eficiente se ela puder eliminar, ao menor custo, o inconveniente da externalidade (RODRIGUES, 2007). Esta, em si mesma, não seria impedimento para a eficiência do mercado, podendo funcionar mesmo na presença de externalidades e desconsiderados os custos de transação, os quais podem pôr em risco a eficiência das transações. Se houver cooperação entre os agentes econômicos envolvidos nas

¹¹Em homenagem ao economista italiano Vilfredo Pareto (1848-1923).

¹² Refere-se aos economistas Nicholas Kaldor (1908-1986) e John Hicks (1904-1989).

¹³ “*The Problem of social cost*”, publicado no início da década de 1960.

trocas, afirma, a regra de direito não é importante ou fundamental, do ponto de vista prático, visto que em tal situação, o uso dos recursos é eficiente.

De modo expresso, o teorema pode ser enunciado da seguinte forma: se todos os obstáculos à negociação, ou seja, os custos de transação, forem iguais a zero, a eficiência do uso dos recursos disponíveis é resultado da negociação privada, sendo irrelevante a designação dos direitos de propriedade atribuíveis ao evento (COOTER; ULEN, 2010). Considerando a possibilidade de haver conflitos nas transações entre os agentes e, caso tais disputas sejam levadas ao Poder Judiciário, é possível afirmar que as decisões proferidas nos processos cumprem a tarefa de atribuir valor a certos bens. Ocorre que a prática judicial, em si mesma e do ponto de vista social, gera um custo (GONZÁLEZ, 2001), e a pergunta a ser feita é: não haveria um caminho menos oneroso para se atingir o mesmo resultado?

A questão indicada pode ser encarada também como um esquema de definição do valor e das escolhas das partes envolvidas nas negociações. Ocorre que da forma como foi proposto o argumento de Coase, ou seja, presumindo que as trocas voluntárias realizadas pelos agentes encarregados do seu próprio bem-estar não dependem da distribuição dos direitos de propriedade, tal situação acontece num mundo ideal e, por isso, estar-se-ia diante de um Coase *ideal* (GONZÁLEZ, 2001). Porém, em um Coase *real*, existem custos de transação (ou de mercado), os quais são computados nas negociações (contratos) e, nesta situação, a distribuição dos direitos de propriedade tem importante função.

Assim, o agente racional fará a ponderação entre o benefício a ser obtido e o valor que deverá pagar, caso não cumpra a sua obrigação contratualmente estabelecida. Supondo que a utilidade seja superior ao custo a ser pago, executará a sua parte do acordo, o que não implica em eficiência, pois esta diz respeito não apenas ao cálculo econômico privado em jogo, mas também às consequências que a efetivação do contrato possa gerar para o conjunto da sociedade (RODRIGUES, 2007). Outro aspecto a considerar, retomando a voluntariedade das trocas, é a consequência trazida pela elevação dos custos da transação. Se forem excessivos, a ponto de impedir a negociação, a melhor alternativa é a indenização para uma das partes, por intermédio de uma ação¹⁴ (COOTER; ULEN, 2010).

Inversamente, se os custos de transação forem baixos, contribuindo para a operação, a ação mandamental é mais eficiente do que a indenizatória¹⁵. Na prática, isto significaria, por exemplo, que se uma lei nova autorizasse o aumento do percentual da taxa de juros nos contratos de financiamento para a aquisição de imóveis, por se tratar de uma externalidade, ou seja, um custo imposto pelo Estado nos intercâmbios privados, poderia resultar em inexecução parcial ou total

14 Os autores informam (p. 105) que os custos de transação são aqueles presentes nas trocas ou comércio. Já o termo “ação”, insere-se no contexto do *common law* (p. 112). Neste ambiente jurídico, além da indenização pecuniária, o outro remédio disponível em um tribunal é da equidade (“*equity*”), ou ação mandamental. Tal sistema, presente em países como a Inglaterra e os Estados Unidos, ainda utiliza a distinção entre *common law* (direito comum – numa tradução livre) e *equity*, comparável ao direito público e privado, observado na tradição romano-germânica (DAVID, 1978).

15 No caso brasileiro, o art. 927 do Código Civil prevê uma regra geral, conferindo o direito de reparação civil a quem sofreu algum tipo de dano, o que pode ser aplicado, por exemplo, ao contrato de compra e venda ou prestação de serviços.

do acordo, visto que uma das partes não esperava tal intensificação. A relação entre o teorema de Coase e os custos de transação é que estes determinam a regra legal a ser adotada. Se tendem a zero, o uso eficiente dos recursos não dependerá da distribuição do direito de propriedade. Se não forem nulos, a atribuição deste direito será fundamental.

Além dos conceitos vistos, a AED também utiliza outro instrumental, denominado análise de custo-benefício. Por meio dela, se verifica se os agentes comparam os benefícios e os custos de diferentes alternativas, sejam econômicas, sociais ou culturais. É feita num contexto de escolhas, traduzidas num nível de bem-estar dos agentes (PORTO, 2014). Dentre as opções numa dada situação, o indivíduo escolherá aquela que, assim entende, lhe ofereça o maior percentual de utilidade ou satisfação, descartando outras que não atendam esse critério ou possam acarretar maior custo em sua obtenção.

Afirma-se que a avaliação de custo pode ser usada como um padrão para estimar quais políticas maximizam o bem-estar geral de determinada população. Desta forma, a grande vantagem daquela análise é oferecer uma estrutura quantitativa e sistemática para elaboração dos *trade-offs*, que tem um sentido econômico de conflito de escolha. Fica caracterizado quando o agente, visando a resolução de um problema gera outro como consequência, conduzindo a determinada decisão, sobre qual ou quais são as melhores opções numa dada situação (ADLER; POSNER, 2009).

2.4 Análise de eficiência do regramento fundiário distrital

Um dos custos da política pública fundiária urbana previstos no PDOT, que prevê a imposição de sanções para o agente que viola as normas do plano diretor, é a possibilidade de que tais penalidades, considerado o retrospecto e o contexto administrativo no Distrito Federal (DF), sejam encaradas pela população como ineficientes, gerado pela desconfiança dos habitantes em relação ao governo distrital quanto à atividade fiscalizatória e de repressão de comportamentos ilícitos, a exemplo da formação (e continuidade) dos condomínios irregulares existentes na Capital Federal.

Expressamente o PDOT, impõe multa para quem violar suas regras bem como o percentual da penalidade a ser aplicado a quem descumprir tais normas¹⁶. Porém, ao longo de um considerável período, o governo distrital não conseguiu demonstrar efetivo cumprimento da ordem da cidade no sentido de coibir, de maneira eficaz, a ocupação irregular do solo urbano. Uma das frentes de atuação fiscalizatória que apresenta deficiência diz respeito à uma situação fática de ocupação, associada à falta de uma consistente política habitacional, na qual o governo local encarou como melhor alternativa as sucessivas regularizações de áreas irregulares (TABAK; FERREIRA FILHO,

16 Respectivamente, nos arts. 250, incs. I a V, e 259, §§1º e 3º, nos seguintes termos: Art. 250. Toda ação ou omissão que viole as normas previstas neste Plano Diretor, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas, serão punidas com a aplicação das seguintes penalidades administrativas, sem prejuízo das sanções penais previstas na legislação federal: I – multas; II – embargo; III – interdição; IV – suspensão parcial ou total de atividades; V – demolição. Art. 259. Constituem infrações administrativas, independentemente da aplicação de sanções penais ou cíveis: [...]; §1º Fica o infrator sujeito a multa de 3% (três por cento) a 10% (dez por cento) do valor do imóvel, considerado com base na planta de valores imobiliários utilizada para cálculo do IPTU; (...); §3º Em caso de reincidência, será cominada ao infrator multa de 10% (dez por cento) a 15% (quinze por cento) do valor do imóvel.

2016), no que se refere a invasão de áreas de proteção ambiental permanente.

Em tal situação e considerando apenas os argumentos utilizados para a elaboração do critério de Kaldor-Hicks, é possível que não sejam suficientes para uma análise no caso do regramento fundiário no Distrito Federal. O que se indica é que a perspectiva de aumento da riqueza, na forma ali proposta, deve ser revista, pois somente a voluntariedade das transações já não é suficiente para demonstrar a eficiência em situações nas quais o princípio da maximização (da riqueza) entra em choque com a voluntariedade dos agentes envolvidos na transação (VALDÉS PRIETO, 2006). Considerando uma negociação relativa a um imóvel quais custos seriam considerados para que façam ou deixem de fazer tal transação? Numa outra forma: o fato de haver a possibilidade legal de ser aplicada uma multa administrativa com percentual variando entre três e dez por cento seria impeditivo para que deixassem de negociar? Se respondida levando em conta a maximização da riqueza que abranja a maior quantidade possível de pessoas, na qual os bens são transferidos de quem menos para quem mais lhe confere valor, a resposta seria negativa. Ou seja, a transação não deixaria de ser feita por haver a possibilidade da imposição sancionatória.

Isso quer dizer que uma proposta legislativa também deveria considerar tais decisões, ao invés apenas prever de modo genérico a imposição de uma penalidade administrativa. Na elaboração da política pública seria possível incorporar os principais objetivos da análise de custo-benefício, ou seja, atingir a eficiência por meio da análise de todos os custos e benefícios, além de alcançar uma maior igualdade, conferindo pesos diferentes a grupos atingidos por iguais medidas (TABAK, 2015). O percentual adotado pelo legislador, a título de sanção pelo descumprimento das regras previstas no PDOT, numa transação relativa a um imóvel em situação irregular pode simplesmente não ser considerada como obstáculo pelas partes envolvidas num contrato.

Parece haver um consenso acadêmico de que a ocupação irregular de terras é um dos fatores demonstrativos de uma tensão fundiária no Distrito Federal (GUIMARÃES, 2013; PRADO JUNIOR, 1998; STEIBERG; 1999; SILVA, 2006), repercutindo em vários segmentos (especulação imobiliária, meio ambiente, mobilidade urbana). Um dos indicadores de conflito é a quantidade de ações judiciais de reintegração e manutenção de posse propostas perante o Poder Judiciário (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT), constante do quadro abaixo, sinalizando que a disputa pela posse ou propriedade de imóveis, ao menos no que se refere ao domínio público, apresenta patamar consideravelmente alto.

Tomou-se por amostragem o período imediatamente anterior à publicação do PDOT, entre os anos de 2007 e 2009, em que ocorreu um aumento dos casos distribuídos a uma taxa de 50,21% (período 2007-2008) e uma diminuição de 26,16% (período 2008-2009). Tais números sugerem por um lado e em termos absolutos, que a entrada em vigor da nova legislação contribuiu diretamente para a redução das disputas judiciais envolvendo a regularização fundiária urbana e, por outro, que em se tratando da administração pública da demanda por terras na Capital da República, a atuação do Estado se mostraria relativamente bem-sucedida.

Quadro 1 – Quantidade de ações

Ano	Quantidade de ações propostas ¹
2007	2980
2008	5985
2009	8107

Fonte: próprio autor

Defende-se aqui, também, que o quantitativo (maior ou menor) das demandas judiciais não necessariamente deve ser associado à eficiência normativa, ao menos do regramento fundiário. Foi mencionado outro fator que diretamente contribui para a manutenção das demandas por terrenos urbanos no DF, a saber, a regularização de loteamentos em (vários casos, total) desacordo com a disposição normativa, o que pode ser causa de incentivo para agentes que participem ou promovam invasões. Isso porque haveria, historicamente, uma relação entre a variação do perfil político dos sucessivos governos (ou seja, da orientação ideológico-partidária) distritais e a regularização de regiões habitadas e consolidadas no tempo, em desacordo com o regramento jurídico, mas que já constituíam parcela significativa da população (SENA, 1970).

Em casos assim, a análise de custo-benefício se mostraria como uma maneira de garantir o estabelecimento de prioridades e prever futuros obstáculos à uma regulamentação desejável, seja qual for o critério de decisão para a escolha das prioridades de uma comunidade (SUSTEIN, 1999). O sistema concebido pela AED pressupõe a existência de uma ordem jurídica que tutele as pessoas, as quais realizam transações no dia a dia em seus próprios ambientes, que podem apresentar variadas dificuldades de finalização ou até mesmo inviabilizar tais negócios. Caso isso ocorra, a solução dos problemas das transações voluntárias é reenviada para o conjunto jurídico de regras, sejam justas ou injustas (VALDÉS PRIETO, 2006).

Nesse contexto, o simples fato de haver a previsão legal, no PDOT, de impor multa administrativa (ao menos nos patamares ali previstos), concomitante à uma prática histórica de regularizar comportamentos contrários à lei, pode contribuir para ineficiência da política pública. Deve haver, além disso, credibilidade suficiente para que a comunidade acredite na eficácia do poder público, entendida como a descoberta da atividade contrária à norma e consequente punição (TABAK, 2016). Apesar de haver um extenso conjunto de regras para o ordenamento da terra urbana no Distrito Federal, isso não parece impedir a prática de agentes privados em participar de transações que envolvam imóveis em desconformidade com aquela normatização.

As já elencadas sanções do art. 250, incs. I a V do PDOT, igualmente podem suscitar dúvidas quanto à sua eficiência. Isso porque dizem respeito a uma situação observada pelo direito, a saber, a norma *ex ante* e *ex post facto*. De maneira simples, uma lei *ex post facto* pode ser definida como aquela editada após a ocorrência do fato ou após a prática de um ato, a qual muda as consequências legais ou relações de tal evento ou ação. Esta definição está inserida no contexto da *common law* estadunidense, no qual há uma proibição geral de elaborar (no nível federal e estadual) qualquer lei *ex post*. Tal indicação foi explicitamente formulada pela Suprema Corte norte-americana, visto que uma regra *ex post* compreende alguns pressupostos ou características (ROBINSON, 2005) sendo

assim considerada, por exemplo, toda norma que criminalizar um comportamento praticado antes de sua vigência e que, à época de sua prática (da ação), ou seja, antes da regulamentação, não era ilícita e, além disso, a lei nova pune o agente.

É possível questionar se a realização de um ato que no passado era tido como danoso pode, por intermédio de uma nova legislação, tornar-se lícito. Nesta situação, deve ser considerado responsável quem praticou a ação, sob a lei *atual*, se o comportamento *ex ante* incorreto mas admitido *ex post facto* (for considerado como) correto pela nova regra causou prejuízo a alguém? Para essa pergunta nunca foi dada uma resposta clara (PORAT, 2014). Veja-se que o formulador da política fundiária do Distrito Federal, ao que parece, estabeleceu um gradiente punitivo administrativo, variando desde o embargo até a demolição da construção, sugerindo que o comportamento *ex post*, ou seja, o *levantamento* da edificação é considerado ilícito e deve ser sancionado. Porém, ao menos explicitamente, não menciona que as transações antes da obra, ou seja, o contrato de compra e venda do imóvel *em si mesmo* é ilícito.

Vale lembrar que a análise de custo-benefício anteriormente indicada denota o uso do conceito de Kaldor-Hicks (maximização da riqueza ao invés da maximização da utilidade) de eficiência para avaliar regulamentações expedidas pelo Estado. Ocorre que a formulação de Kaldor-Hicks particularmente deixa de fora da análise normativa a justiça distributiva (POSNER, 2001), entendida como a atribuição de bens (ou direitos) aos membros da comunidade, a fim de ser evitada a injustiça pela desigualdade, ou seja, o recebimento de um quantitativo menor de benefícios associado (ou não) a uma maior porção de encargos devidos a cada pessoa (BITTAR; ALMEIDA, 2002).

Em termos práticos, isso significaria que a mencionada regra sancionatória prevista no plano diretor não deveria considerar o comportamento dos agentes envolvidos numa transação imobiliária e inseri-lo num contexto em que tal prática é (ou não) abstratamente considerada como socialmente adequada, mas percebe-la enquanto comportamento concreto no qual determinado bem tem o mesmo valor (de mercado) para qualquer pessoa. Ou seja, quem compra (e vende) um imóvel, mesmo que em situação irregular no DF, ainda que fizesse a ponderação dos custos envolvidos, talvez não questionasse acerca da ilicitude do negócio que participa, mas se isso lhe acarretaria a satisfação de uma demanda (benefício) individual.

Talvez não seja essa a situação observada no quadrilátero federal pois, como indicado, a composição humana heterogênea do entorno bem como a formação do espaço urbano da capital não sugerem, ao menos enquanto totalidade, similitude do valor que se atribui nas negociações que envolvem o uso da terra, realizadas pelos habitantes do Distrito Federal. Nestas condições é que a análise econômica do direito tenta fornecer uma teoria explicativa do comportamento individual diante das regras (inclusive jurídicas) e as consequências destas na obtenção de eficiência dos resultados (ALVAREZ, 2006). Não se deve esquecer que no caso do Distrito Federal, como dito, há um histórico de regularização de situações em frontal desconformidade com o regramento em vigor.

Com isso se quer dizer que teria o legislador distrital a alternativa de impor a responsabilização

por um eventual dano ao interesse público por danos causados mediante comportamentos razoáveis *ex post*, mas negligentes *ex ante* (PORAT, 2014). Mesmo que houvesse uma regularização posterior seria possível a imposição de um tipo de sanção não pela transação (contrato civil de compra e venda), mas pela relevância coletiva, no caso, do dano causado¹⁷.

Em certo sentido, a consequência acima indicada, relativa à elaboração da política pública fundiária, foi percebida já nos primeiros escritos da AED. Imagine-se uma situação na qual determinada atividade, a exemplo de uma fábrica, causando prejuízos à vizinhança que se encontra nas proximidades do complexo industrial, pela emissão de gases poluentes, afete um grande número de pessoas envolvidas numa ampla variedade de outras operações. Neste exemplo, os custos administrativos, como manter fiscalização diária, poderiam ser demasiadamente altos e, por outro lado, não seria adequado repassar aos agentes privados a tentativa de lidar e solucionar o problema.

Uma solução alternativa seria a regulamentação direta, ou seja, ao invés de um sistema normativo o qual pode ser modificado pelas transformações do mercado, o Estado poderia impor leis ambientais que determinassem o que o causador do prejuízo devesse ou não fazer e qual regra deveria ser obedecida. Porém, não há razão para supor que tais regras limitadoras de comportamentos, estabelecidas por uma administração falível e sujeita a pressões políticas, necessariamente aumentarão a eficiência com que o sistema econômico opera (COASE, 1960). Esta indicação se concentra na afirmação de que os custos de transação não são distintos de qualquer outro custo, significando que tanto para os atuais e futuros negociadores de imóveis no Distrito Federal, quanto para o poder público, há custos concretos envolvidos nas respectivas atividades, os quais deveriam ser considerados ao se elaborar o regramento aqui analisado.

Não se deve esquecer que quem busca utilizar o critério paretiano, supondo uma maneira de eliminar ou talvez apenas reduzir os custos de transação, deixa de considerar que não existe nenhuma diferença, na teoria ou na prática, entre a redução ou eliminação dos tais custos e qualquer outra inovação no conhecimento ou organização que poderia trazer melhoria na situação de todos os integrantes de uma comunidade (CALABRESI, 1961).

Hipoteticamente, a eficiência da política pública ocorreria, por um lado, se o bem-estar social fosse medido pelo ganho coletivo da medida e, por outro, se o termo (eficiência) for definido como a razão do máximo aumento possível do benefício do grupo, presumindo que todas as infrações às normas em jogo, que causem dano, fossem consideradas extintas por lei. Na prática, provavelmente, a eficiência seja diferente entre aqueles que infringem a lei mais por causa das diferenças nos custos de apreensão, ou seja, a avaliação individual do custo em deixar de seguir o comportamento desejado pela norma e convicção da punição do que a elasticidade da resposta dada pelo Estado diante da prática ilícita (BECKER, 1974). Um fator importante na determinação do mencionado custo, que pode apresentar grande variação, é o tempo decorrido entre prática do

17 Um argumento contrário ao exposto seria o de que se houvesse tal imposição, o Distrito Federal estaria invadindo a competência legislativa da União, prevista na Constituição Federal (art. 22, inc. I), e legislando sobre regras (civis) contratuais. Acredita-se que não seja o caso, pois o que aqui se defende diz respeito, por um lado, a típica normatização urbanística, de competência constitucional concorrente (art. 24, inc. I) e, por outro, não se dirige uma penalização pela feitura do contrato *em si*, mas as consequências que este pode gerar em face do interesse coletivo.

delito e a aplicação da punição.

Sugere-se aqui que no regramento fundiário distrital, paralelamente ao estabelecer a sanção *ex post* no caso de transações irregulares de lotes, seja elaborada uma regra *ex ante* que forneça incentivos eficientes, tanto para os agentes integrantes da negociação, ou seja, os comportamentos *atuais*, quanto para eventuais danos provocados por futuras negligências. Isso porque enquanto uma regra *ex ante* poderia criar estímulos eficazes às práticas lícitas para o agente, levando-o a considerar todos os riscos envolvidos antes de tomar qualquer atitude, uma regra *ex post* que imponha somente penalidades induz uma desvantagem deficitária, porque permite a quem participa da transação ignorar alguns riscos, especialmente no caso do DF onde, como dito, há um histórico de regularização de situações ilícitas, no que se refere ao uso da terra.

Tal afirmação parte da premissa que o interesse social atua como modelo de mudança do *status quo*, a proteger o interesse particular e, na maioria dos casos, atuar conforme aquele primeiro determinará quantos perdem e quantos ganham, devendo estes serem mais numerosos (CACHO, 2012). Por intermédio da AED e da análise do custo-benefício das transações, são considerados outros elementos para a elaboração da política pública, os quais poderão interferir no comportamento futuro das pessoas que fazem contratos relativos a bens imóveis.

O derradeiro teste da análise do custo-benefício de uma política pública, empregando-se o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, é de natureza pragmática (POSNER, 2001), ou seja, se o seu uso melhora o desempenho governamental em qualquer sentido de melhoria que o observador considere apropriado.

É imperativo que a lei e as normas jurídicas – assim como sua aplicação pelo Poder Judiciário – criem incentivos que permitam à sociedade um maior bem-estar. Fundamental, nesse contexto, que a norma seja testada à luz de uma análise de custo-benefício social de modo a que apenas normas que aumentem o bem-estar social continuem a vigorar no ordenamento.

É imprescindível ao avaliar normas jurídicas que se atente a todos os agentes que são afetados pelas mesmas e não apenas a um determinado caso concreto em que se tem por exemplo apenas dois agentes. Um que perde e outro que ganha. As normas e sua aplicação tem efeitos sobre todos os agentes econômicos e sobre o nível de bem-estar da sociedade. Uma análise da norma deve levar isso em consideração e avaliar se a sociedade como um todo está em situação em que existe um benefício líquido com a mesma.

A norma jurídica cria incentivos e desincentivos aos distintos agentes da sociedade. Entender como esses incentivos e desincentivos ocorrem e operam é essencial para se pensar se os mesmos estão alinhados com os interesses da sociedade e como alterá-los caso não estejam. O aprofundamento deste tipo de discussão é imperativo em um ambiente em que as cidades crescem de forma desordenada, criando uma série de problemas ambientais, de segurança pública, de mobilidade urbana, dentre tantos outros.

Por tais razões é se que propõe, na elaboração da regra de comportamento, a consideração dos elementos indicados, visto que no caso da legislação fundiária do Distrito Federal, demonstrou-se que o simples fato de haver normas sancionatórias, não impede a ocorrência de trocas ilícitas, o

que pode revelar a inefetividade de valores implícitos (JARDIM; FRITZ, 2017) no PDOT¹⁸.

CONCLUSÃO

Como tópico final, são apresentadas algumas sugestões para o trabalho de elaboração de futuros regramentos fundiários no Distrito Federal. Em primeiro lugar, à própria definição do que se entenda por função social para a propriedade devem ser agregados outros paradigmas, a exemplo de uma função estrutural¹⁹. Caso contrário, a finalidade pública fundiária será objeto de debate entre defensores de uma matriz de orientação utilitarista e da valoração do útil social. Mas tal discussão não reverterá em ações eficientes.

Em segundo lugar, se utilizado o critério de Kaldor-Hicks na forma como originalmente proposto, enquanto componente para a tomada de decisão entre agentes, devem ser comparadas situações anteriores e posteriores de incremento da riqueza de maneira relevante, o suficiente para que possam compensar perdas (ou custos).

Por fim, valendo-se da avaliação de custo-benefício na política pública, como a que foi descrita, deveria aquela estar articulada com as possibilidades reais de barganha por parte dos agentes, os quais estabelecerem margens de negociação consideradas razoáveis aos olhos da lei, associada a um eficaz modelo fiscalizatório e de repressão às práticas ilícitas.

REFERÊNCIAS

ADLER, Matthew D; POSNER, Eric A. New foundations of cost-benefit analysis: a reply to Professor Sinden, Kysar, and Driesen. *Regulation and Governance*, New York, v. 3, p. 72–83, 2009.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 29, p. 49-68, 2006. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

BECKER, Gary S. *Crime and punishment: an economic approach*. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Ed.). *Essays in the economics of crime and punishment*. New York: National Bureau of Economic Research/Columbia University Press, 1974. p. 1-54. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3624.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CACHO, Angel Juarez. *Los principios de interés social, orden público y apariencia de buen derecho*. Coyoacán (Mexico): Raúl Juarez Carro Editorial, 2012.

¹⁸ Importantes desdobramentos desta forma de elaboração regra podem ser vistos, por exemplo, no debate relativo a formas de criar o engajamento da população para reduzir ou eliminar os vieses nas escolhas (SUNSTEIN; JOLLS, 2004) ou novas formas do Poder Judiciário decidir, valendo-se dos elementos da AED.

¹⁹ Entendida não como uma estrutura privada, mas da sociedade, necessária para reprodução do próprio sistema coletivo (PELLERINO, 2005).

- CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the law of tort. *Yale Law Journal*, Yale, v. 70, n. 4, 1961. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers>. Acesso em: 26 abr. 2017.
- COASE, Ronald. H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, New York, v. 3, 1960.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DAVID, René. Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado. Tradução de Hermínio A. de Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1978.
- DAYRELL, Cristiano de Castro; TABAK, Benjamin Miranda. Uma análise econômica do Sistema Nacional de Informações Territoriais (SINTER): um problema de direito de propriedade. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 1529-1557, 2017.
- GONZÁLEZ, Carlos Peña. El análisis económico de las instituciones legales. *Apuntes de Derecho*. Santiago (Chile), n. 9, p. 4-9, 2001.
- GUIMARÃES, Ariane Costa. As alterações na legislação dos preços de transferência. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.212, p. 7-14, maio 2013.
- JARDIM, Tiago Neu; FRITZ, Karen Beltrame Becker. Aplicação da lei na perspectiva da escolha pública: uma crítica utilitarista da construção política do direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 81-96, 2017. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/7344>>. Acesso em: 29 set. 2017.
- LACERDA, Nadia Demoliner. *Migração internacional a trabalho*. São Paulo: LTr, 2014
- PELLERINO, Giovani. Evolução do conceito de propriedade: da “função social” à “função estrutural”. *Revistas Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 33-46, 2005. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/115>>. Acesso em: 17 abr. 2017.
- PORAT, Ariel. Ex post right, ex ante wrong. *Notre Dame Law Review*, v. 89, n. 3, 2014. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/post-right-wrong-507499594>>. Acesso em: 16 maio 2017.
- PORTO, Antônio José Maristrello; THEVENARD, Lucas. Pagamento Mínimo da Fatura do Cartão de Crédito: Informar ou Proibir? *Conjuntura Econômica* (Rio de Janeiro). v. 65, p. 60-65, 2011.
- PORTO, Antônio José Maristrello; Galvão. Antônio F. Choice with Clouded Concepts. *Economic Analysis of Law Review*. v. 5, p. 46-68, 2014.
- PORTO, Antônio José Maristrello; SANTOS, L. M. Cotas de reserva ambiental: uma interpretação da análise econômica do direito. *Revista Estudos Institucionais*. v. 3, p. 923-948, 2017.
- PORTO, Antonio José Maristrello. *Análise econômica do direito*. 2013. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2017.

PORTO, Antonio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando. Uma análise também econômica do direito de propriedade. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 207-232, 2016. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/6473/pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

POSNER, Richard A. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. *Law and Economic Review*, Chicago, n. 53, 1998.

POSNER, Richard A. Cost-benefit analysis: definitions, justification, and comment on conference papers. In: ALDER, Matthew; POSNER, Eric (Ed.). *Cost-benefit analysis: legal, economic and philosophical perspectives*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 317-341.

PRADO JUNIOR, C. *A história econômica do Brasil*. 16. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.

ROBINSON, Paul. H. *Fair notice and fair adjudication: tow kinds of legality*. 2005. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/fair-adjudication-kinds-legality-56729546>>. Acesso em: 16 maio 2017.

RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito: uma introdução*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

SENNA, Homero; MONTEIRO, Clovis Z. *Fundações no Direito na Administração, Instituto de Documentação*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1970.

SILVA, A. T. *Relações Internacionais e meio ambiente: construindo uma agenda de governança policêntrica*. In: Encontro ANNPAS, 3, Brasília, 2006.

STEINBERG, Marília; MANIÇOBA, Regina. Brasília Capital nacional-regional: Brasília cidade mundial? In: V Seminario Internacional de la RII. Toluca, Méx., 21-24 septiembre 1999.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Cristine. Debiasing through law. 2004. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1157&context=law_and_economics>. Acesso em: 29 set. 2017.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SZTAJN, Rachel. Direito e economia. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 137, p. 228-232, 2005.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, p. 321-345, jan./mar. 2015

TABAK, Benjamin Miranda; FERREIRA FILHO, Paulo Sérgio. Um limite temporal para a regularização fundiária urbana em áreas de preservação permanente: as análises econômica e comportamental do direito e proteção ao meio ambiente. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, 2016.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; GREGORI, Isabel Christine Silva de. Gestão democrática, participação local e esfera pública na efetivação do estatuto das cidades como garantidor do meio ambiente cultural. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo/RS, n. 11, p. 85-108, 2011.

VALDÉS PRIETO, Domingo. *Libre competencia y monopolio*. Santiago (Chile): Jurídica de Chile, 2006, p. 158-170.

Como citar: OLIVEIRA, Marco Tulio Chaves; TABAK, Benjamin Miranda. A contribuição da análise de custo-benefício na avaliação da eficiência de regras fundiárias do distrito federal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 72-90, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 72. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 22/06/2017

Aprovado em: 07/11/2018

1 Dados acessíveis ao público e obtidos no site oficial do TJDF, disponível em <http://tjsw612.tjdft.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Documentos%2FCORREGEDORIA%20-%20Mapa%20Estat%C3%ADstico.qvw&host=QVS%40tjsw612&anonymous=true>, acessado em 01/05/2017, às 18:30. Tal quantitativo refere-se a protocolizações de ações de reintegração e/ou manutenção de posse feitas na Primeira Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal no período considerado. Deve-se registrar, porém, que a partir do ano de 2010 houve redução numérica de tais processos.

**A “TERCEIRIZAÇÃO” NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
O USO DO DIREITO E DA LINGUAGEM JURÍDICA NO
CONTEXTO DO RE Nº 760.931/DF**

THE “OUTSOURCING” IN THE PUBLIC SECTOR: THE USE OF
LAW AND LEGAL MEANINGS OF WORDS IN THE CONTEXT
OF THE EXTRAORDINARY APPEAL Nº. 760.931/BRAZILIAN
FEDERAL DISTRICT

Alessandra Marchioni*
Daniel Miranda Borba**

* Doutora em Direito na área de Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina -UFSC. Mestre em Direito na área de Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Docente Direito Público na Universidade Federal de Alagoas. E-mail: alemarchioni@hotmail.com

** Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade de Salamanca (ES), E-mail: damb84@hotmail.com

Como citar: MARCHIONI, Alessandra; BORBA, Daniel Miranda. A contribuição da análise de custo-benefício na avaliação da eficiência de regras fundiárias do distrito federal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 91-110, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p. 91. ISSN: 1980-511X.

Resumo: Esse artigo tem como objetivo apontar alguns dos principais elementos da teoria e da prática da “terceirização” das condições laborais do trabalhador, compreendida sob a forma de contratos de gestão ou termos de parcerias para a execução de atividades-meio, depois atividades-fim, entre a Administração Pública e a pessoa jurídica de direito privado, desde um contexto histórico normativo de resultados, tanto do ponto de vista da extensão, quanto da ampliação de seus conteúdos. Além disso, seguindo a perspectiva bourdiana, propõe-se a realizar uma abordagem sobre o Estado e o direito, sua função e seu funcionamento, a partir do uso da linguagem jurídica, especialmente identificada na decisão do RE 760.931/DF. Nessa pesquisa será utilizado o método de abordagem hipotético dedutivo, em que se busca testar a hipótese da “satisfação da eficiência e modernidade” mediante os contratos de terceirização, a partir da demonstração das consequências jurídico-normativas e sociais.

Palavras chaves: Terceirização; Administração pública; Pierre Bourdieu; RE 760931/DF.

Abstract: This article highlights important elements of the theory and practice of “outsourcing” employees and their

working conditions. Therefore, this paper analyzes management contracts or partnership agreements, enforcement of support services, and replacement of jobs in core activities between public and private entities of Private Law. Moreover, this paper analyzes important consequences of the outsourcing of jobs from a normative and historical context, as well as from various viewpoints of extension and the expansion of this problem in modern-day Brazil. Furthermore, utilizing the Bourdieu approach, this study investigates cautiously the role of the State and Law as instruments needing human interpretation. In light of this, this research analyzes the decision of the Extraordinary Appeal n. 760.931/DF and utilizes the hypothetical-deductive method, whereupon testing the “satisfaction of efficiency and modernity” hypothesis through outsourcing contracts, which have social and legal impacts.

Keywords: Outsourcing. Public Sector; Pierre Bourdieu; Extraordinary Appeal nº 760.931/Brazilian Federal District.

INTRODUÇÃO

Estudos do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE, 2017) apontam para os inúmeros impactos sociais e econômicos dos chamados contratos “terceirizados” sobre a qualidade de vida do trabalhador e sua família. Entre os resultados estão: a maior taxa da rotatividade dos trabalhadores, o número superior de quantidade de horas trabalhadas e os salários inferiores. Não obstante a isso, observa-se que o número de trabalhadores terceirizados no serviço público federal já alcança 35% de todas as contratações.

Esse artigo tem como objetivo apontar alguns dos principais elementos da teoria e da prática da “terceirização”, compreendida sob a forma de contratos de gestão ou termos de parcerias para a execução de atividades-meio, depois atividades-fim, entre a Administração Pública e a pessoa jurídica de direito privado, a partir de um contexto histórico normativo de resultados, tanto do ponto de vista da extensão, quanto da ampliação de seus conteúdos em relação à precarização das condições laborais do trabalhador.

Além disso, seguindo a perspectiva bourdiana, propõe-se a realizar uma abordagem sobre o Estado e seu *metapoder*, identificado como o “lugar” em que se concentram os diferentes tipos de poder e de instrumentos de coerção. No mesmo sentido, entende-se que essas análises não podem prescindir de considerações acerca do direito e de suas funções, enquanto mantenedor das relações de poder e agente social catalizador de tais práticas “precarizantes”.

Por fim, ainda sobre o direito, pretende-se discorrer sobre algumas espécies de argumentações discursivas, usadas para convencer dos efeitos da decisão do RE nº 760.931/DF, que mais bem dissimulam as relações econômicas, sociais e ambientais desfavoráveis ao hipossuficiente, empregado terceirizado (BRASIL, 2017a).

Nessa pesquisa será utilizado o método de abordagem hipotético dedutivo, em que se busca a eliminação dos erros da hipótese: “a administração pública tornou-se mais “moderna e eficiente” com a adoção das medidas terceirizantes”, ao contrário, o texto procurará testar a falsidade dessa proposição, ou seja, a partir da demonstração das consequências jurídico-normativas e sociais.

1 “TERCEIRIZAÇÃO” E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: HIPÓTESE DE PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O termo “terceirização” deriva da palavra “terceiro” intermediário ou interveniente. Enquanto no campo da administração empresarial, esse termo aparece associado à ideia de “descentralização das atividades das empresas”¹, no domínio do direito do trabalho, relaciona-se ao “fenômeno [que] dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”². Assim, a tradicional relação bilateral empresa e trabalhador passa a

1 De acordo com Delgado, o neologismo terceirização enfatiza a transferência de parte das atividades de uma empresa para um terceiro, contrapondo-se à clássica centralização destas atividades (DELGADO, 2015, p. 473).

2 Trata-se da inserção do trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços, sem, no entanto, configurar o vínculo entre estes dois sujeitos, na medida em que será formado entre o obreiro e a entidade interveniente (DELGADO, 2015, p. 473).

uma relação trilateral, constituída por este, uma empresa terceirizante e o tomador de serviços³. Segundo Delgado (2015), é possível observar um conjunto de “desajustes” nas relações de trabalho, por meio do aumento das situações “precarizadoras”, como inadimplemento de direitos, meio ambiente de trabalho precário, discriminação, falta de representação sindical, entre outras, que se contrapõe ao entendimento tradicional sobre a forma de tutela e de distribuição dos direitos e deveres de empregador e empregado.

Adotada no final dos anos sessenta, como modelo alternativo à centralidade da administração pública brasileira, a “terceirização” sempre colecionou um grupo de argumentos doutrinários e jurisprudências em seu desfavor, justamente pelos efeitos perniciosos que passou a causar às relações sócio-laborais. No entanto, nos últimos anos, é possível observar uma mudança daquele ponto de vista em prol do avanço irrestrito de seu uso e prática.

1.1 A “terceirização” na Administração Pública: limites à proteção do trabalhador

Apesar das contradições desse modelo administrativo e justtrabalhista, a “terceirização” passou a ser adotada de forma recorrente no setor público, pelo menos desde o Decreto-Lei nº 200/1967⁴. Essa lei, depois combinada à Lei nº 5.645/1970⁵, passou a dispor sobre a situação de atividades consideradas meramente executivas ou operacionais, como transporte, conservação, custódia, limpeza entre outras, também chamadas de “atividade-meio”, e a possibilidade de serem descentralizadas e cumpridas, através de contratos, pelo setor privado.

Logo em seguida, a Lei nº 6.019/1974 previu a possibilidade de “terceirização”, em contratos temporários, “para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços”⁶. Alguns anos mais tarde, a Lei nº 7.102/1983 passou a permitir a modalidade de contrato por “terceirização”, essa última referindo-se à contratação de vigilantes em instituições bancárias. Em momento seguinte, ampliou-a para “qualquer tipo de atividade pública ou privada” (BRASIL, 1994).

O regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos na área elétrica (BRASIL, 1995), bem como na área de telefonia (BRASIL, 1997b), foram os primeiros exemplos que autorizaram a transferência de uma atividade pública para a iniciativa privada. Além disso, foram as primeiras hipóteses que ampliaram as contratações de mão de obra interposta para

3 Outra forma de terceirização, desta vez chamada de “publicização”, traz uma alternativa ao estatismo, na qual tudo é realizado pelo Estado, e à privatização, em que tudo é reduzido à lógica do mercado e do lucro privado, no que permite a transferência de atividades não exclusivas do Estado para entidades do terceiro setor (BRESSER-PEREIRA, 2011, p. 246-247).

4 Art. 10 [...]. § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução (BRASIL, 1967).

5 Art. 3º [...]. Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967. (Revogado pela Lei nº 9.527, de 1997) (BRASIL, 1970).

6 Essa lei sofreu profundas alterações pela Lei nº 13.429/2017, conforme será demonstrado adiante.

além daquelas ligadas à atividade-meio, e que possibilitaram a contratação de terceiros para o “desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço”, “bem como a implementação de projetos associados”.

No entanto, a adoção desses novos mecanismos de gestão administrativa e justrabalhista, que permitiram um grande número de “transferência de atividades” do poder público para o setor privado, jamais foram uma unanimidade para os juriconsultos.

De fato, a expansão dessa solução administrativa ao superar as próprias hipóteses previstas nas leis, passou a gerar uma série de incumprimentos à legislação laboral, seja pela precarização das próprias atividades laborais, seja pelo agravamento das condições do meio ambiente de trabalho. Além disso, essa espécie de contrato possibilitou que a gestão das contratações de pessoal, em certos ramos de atividade, fossem transferidos, parcial ou totalmente, para outras empresas fornecedoras de mão de obra, o que ampliou significativamente a soma de impactos negativos e subgarantias aos direitos dos trabalhadores (CAMPOS, 2016, p. 12)⁷

Nesse cenário, não é incomum estar-se diante de um simulacro, quando se analisa os casos de contrato de “terceirização tradicional” ou de “terceirização de risco” e as suas práticas, ambas buscando garantir a redução de seus custos operacionais, seja com a mão de obra⁸, seja com a transferência de obrigações para terceiros (PRADO apud DI PIETRO, 2015, p. 218-219).

Se bem que com “facetas” específicas, esse panorama também se reproduz nas contratações do serviço público, relações laborais que muitas vezes são caracterizadas pelos chamados “calotes” tanto do setor público, quanto do setor privado. Entre os flagrantes prejuízos às normas trabalhistas estão as condições precárias da atividade desempenhada pelo trabalhador, como a desigualdade de remunerações e de benefícios dos terceirizados. Também a diferença entre o total de horas trabalhadas pelo terceirizado, que conta com rara fiscalização quanto ao uso de equipamentos de proteção e treinamentos contra riscos na atividade laboral, tem levado ao aumento do número de doenças, acidentes e mortes do trabalho (CUT, 2014, p. 21-30).

1.2 A “terceirização” e a solução do Tribunal Superior do Trabalho: das atividades-meio às atividades-fim

Nessas circunstâncias, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 256⁹, a qual dispunha sobre a ilegalidade de qualquer caso de “terceirização” que extrapolasse aqueles previstos na Lei nº 6.019/1974 (BRASIL, 1974) e na Lei nº 7.102/1983 (BRASIL, 1983). Tal “ilegalidade”

7 Estas preocupações ocorrem nos casos de terceirizações lícitas, quando há uma relação de “parceria” com a transferência de atividades acessórias oriunda da especialização, para que a tomadora de serviços se preocupe tão somente com a sua atividade principal. No entanto, as empresas subterceirizadas, por serem mais precárias, têm maiores dificuldades na observância dos direitos trabalhistas, incluindo mínima sindicalização com efeitos ao próprio resultado da negociação coletiva (CAMPOS, 2016, p. 12).

8 Segundo a Confederação Nacional da Indústria, 91% das empresas “terceirizam” visando a redução de custos, enquanto apenas 2% visam a especialização técnica (CUT, 2014, p. 9).

9 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

teve o condão de fazer reconhecer o vínculo direto entre o trabalhador e o tomador de serviços.

No entanto, essa Súmula não absorveu todas as situações de contratação terceirizada pela Administração Pública, já que, por vedação constitucional, não é possível realizar tal contratação de trabalhadores sem concurso público (DELGADO, 2015, p. 485).

Nesse sentido, em 1993, o TST preferiu revisar o seu entendimento, e editou a Súmula nº 331¹⁰, passando a oportunizar e a validar a “terceirização” das chamadas atividades-meio do setor público pelas empresas, desde que o tomador respondesse de forma subsidiária pelo inadimplemento da empresa interposta. Até então, em função da exigência constitucional de concurso público, o vínculo não poderia se estabelecer com o tomador, se este fosse o Poder Público.

Em 1997, uma nova regulamentação buscou especificar o conceito de “atividades-meio” que poderiam ser contratadas pelo regime terceirizado. O Decreto nº 2.271/1997 dispôs sobre a contratação de serviços no âmbito da União e previu no artigo 1º, §1º, que as “atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta” (BRASIL, 1997a).

Algum tempo depois, a Lei nº 9.637/1998¹¹ autorizou a “terceirização” de atividades-fim da Administração Pública no tocante aos serviços públicos “não exclusivos”, quais sejam os de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, que deverão ser prestadas por entidades do terceiro setor, que recebam a qualificação de organização social, por meio da celebração de um contrato de gestão que definirá obrigações e responsabilidades¹².

Revedo o posicionamento da Súmula 331, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o artigo 71 da Lei nº 8.666/1993¹³ (ADC nº 16/DF), que impedia a automática

10 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

11 No mesmo sentido é a Lei nº 9.790/1999 (BRASIL, 1999), que trata sobre as organizações da sociedade civil de interesse público.

12 No caso dos serviços públicos não exclusivos como de titularidade do poder público e da iniciativa privada, o Supremo Tribunal Federal entendeu que estas atividades econômicas são de interesse público, passíveis, portanto, de um marco regulatório intermediário, não tão rígido quanto o público, nem tão livre quanto o privado, podendo o Estado fomentar estas atividades através de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários, o que colabora com o princípio da consensualidade e da participação (BRASIL, 2015).

13 Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. §1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995) (BRASIL, 1993).

responsabilização do poder público pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas contraídas pelas empresas contratadas. Assim, para que haja a responsabilização da Administração Pública será necessária a demonstração da culpa *in eligendo*, relativa à regularização do procedimento de contratação pública, bem como, em especial, da culpa *in vigilando*, no tocante à fiscalização das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada.¹⁴

Na mais recente decisão (Recurso Extraordinário nº 760.931/DF com repercussão geral), o STF ratificou a ADC nº 16/DF e aprofundou o problema ao considerar que a Administração Pública não pode ser responsabilizada por dívidas trabalhistas das empresas terceirizadas, cabendo o ônus de comprovar que o ente público agiu com culpa ao trabalhador terceirizado (BRASIL, 2017b).

Um dia após essa decisão, foi aprovada a Lei nº 13.429/2017, que além de atualizar a lei sobre “trabalho temporário” (BRASIL, 1974), e estendê-lo por até cento e oitenta dias, tanto para atividades-meio, como para atividades-fim da empresa tomadora de serviços¹⁵, também ampliou as hipóteses de “terceirização” e precarização das relações de trabalho para todas aquelas atividades.¹⁶

Ainda não há uma posição pacífica sobre as implicações dessa lei no setor público, haja vista a impossibilidade da contratação sem concurso público de “trabalhador temporário”, salvo no caso da contratação excepcional no interesse público. Apesar dessa proibição, é possível observar casos em que são firmados contratos sob a “fórmula de prestação de serviços”, visando cobrir com aparente legalidade tal contratação, burlando os dispositivos constitucionais referentes à contratação estrita por concurso público.

Atualmente, o percentual de trabalhadores terceirizados realizando atividades laborais no serviço público federal já chega a 35% (CUT, 2014, p. 47-48).

Os impactos sociais e econômicos dessa forma de contratação são inúmeros. Estudos do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) de 2014¹⁷ apresentam os seguintes resultados sobre: taxa da rotatividade dos trabalhadores terceirizados, duas vezes maior que os não terceirizados (57,7% contra 28,8%); jornada de trabalho superior aos não terceirizados (85,9% possuíam contratos entre 41 e 44 horas semanais, contra 61,6%); salários dos terceirizados em relação aos não terceirizados (em média 23,4% menor em idênticas condições); índices de acidentes de trabalho dos trabalhadores terceirizados e não terceirizados (9,6% contra 6,1%) (2017, p. 23).

Em todo contexto de instalação e ampliação do mecanismo administrativo da “terceirização”, verifica-se a presença estatal como agente social catalizador das práticas “precarizantes”, que

14 Recurso Extraordinário nº 760.931/DF (com repercussão geral), o que aprofundou o problema ao considerar que a Administração Pública não pode ser responsabilizada por dívidas trabalhistas das empresas terceirizadas, cabendo o ônus de comprovar que o ente público agiu com culpa ao trabalhador terceirizado (BRASIL, 2017b).

15 Art. 9º: § 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.” (NR) (BRASIL, 1974).

16 O Projeto de Lei nº 1.621/2007 vedava a terceirização na atividade-fim, previa a necessidade de informação ao sindicato da categoria profissional sobre o projeto de terceirização da empresa, exigia um maior controle e fiscalização pela tomadora dos serviços, proibia qualquer forma de discriminação, trazia a responsabilidade objetiva e solidária no cumprimento de qualquer obrigação trabalhista e previdenciária, previa a possibilidade de vínculo direto com o tomador em caso de fraude e multa em favor do trabalhador pelo descumprimento da lei (BRASIL, 2007).

17 Vide dossiê bem detalhado da Central Única de Trabalhadores sob o título de Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha – dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos (CUT, 2014). Vide ainda o relatório do IPEA intitulado de Impactos da terceirização sobre a remuneração do trabalho no Brasil: novas evidências para o debate (CAMPOS, 2016).

atingem não apenas as atividades laborais propriamente ditas, como também as condições de vida do trabalhador. Nesse contexto, é preciso enfrentar a questão relativa às relações de poder e a contribuição do Estado e do direito para a produção e reprodução de seus efeitos práticos.

2 PENSAR O ESTADO E O DIREITO NA PRÁTICA DA CONSERVAÇÃO DAS RELAÇÕES DE PODER: UMA ABORDAGEM SEGUNDO PIERRE BOURDIEU

Se bem havendo limites legais e jurisprudenciais, a “terceirização” sempre avançou em suas práticas laborais. Agora, com o alargamento das possibilidades legais praticadas pela Administração Pública, combinada com a “desresponsabilização” do ente público nos casos de contratação terceirizada, a ampliação de seus efeitos são ainda mais concretas.

Para a Constituição, em consequência, a terceirização sem peias, sem limites, *não é compatível com a ordem jurídica brasileira*. As fronteiras encontradas pela experiência jurisprudencial cuidadosa e equilibrada para a prática empresarial terceirizante, mantendo esse processo disruptivo dentro de situações manifestamente delimitadas, atende, desse modo, o piso intransponível do comando normativo constitucional (DELGADO, 2015, p. 484).

O Estado é por natureza a instituição que reivindica, além da força física, a força simbólica, encarnando tanto a “objetividade” sob a forma de estruturas e de mecanismos específicos, quanto a “subjetividade” sob a forma de estruturas mentais, de esquemas de percepção e de pensamento (BOURDIEU, 2004b, p. 98).

Nesse contexto, é preciso afirmar a necessidade de se estabelecer as bases de um trabalho de ruptura com as pré-noções e os pressupostos baseados nas evidências comuns, como por exemplo, o tratamento da noção de Estado reduzido ao estudo da política.

Para Bourdieu (2004b) a intervenção arbitrária do Estado e os efeitos de suas escolhas são mobilizados e impostos à realidade e aos espíritos de *modo naturalizado*, porque ele sintetiza tanto interesses corporativos muito poderosos, quanto as próprias divisões e hierarquias sociais que a ele estão associadas.

Diante disso, é possível compreender o Estado como aquele que domina a produção simbólica, sentida pela conceituação sobre qual seja a função da administração pública e sobre quais as competências devem ser atribuídas a um funcionário público¹⁸, por exemplo. Daí verificar-se a dificuldade de pensar a questão do Estado de forma atemporal e genérica, haja vista que esse pensamento é absolutamente associado à construção e à consolidação de uma visão particular, de acordo com interesses e valores, daqueles que produzem esse universo burocrático (BOURDIEU, 2004b).

Segundo Bourdieu (2004b, p. 98), apenas a reconstrução da gênese dos conflitos e dos

¹⁸ Os agentes do Estado de maneira geral agem conforme o caráter subjetivo inserido nele pelas estruturas estatais, isso acabará valendo para os agentes terceirizados.

confrontos, por meio de uma lógica propriamente histórica dos processos sociais, poderá ser capaz de recolocar sobre questionamento a “ocorrência ou incidência” do fato, em contraposição ao que “poderia ter ocorrido”, a partir das possibilidades descartadas em relação ao fato¹⁹.

Portanto, o Estado é resultado de um processo de concentração e reprodução de diferentes tipos de poder (informação e cultura, etc) e de seus instrumentos de coerção (exército, polícia, fisco, direito, etc), em que a concentração desse *metapoder* justifica a mobilização das forças sociais em disputa (BOURDIEU, 2004b).

2.1 Cultura e linguagem e o poder unificador do Estado

No âmbito desse processo de unificação estatal, a cultura tem um papel essencial na homogeneização das formas de comunicação, desde os códigos de linguagens até as burocracias jurídicas. Ao mesmo tempo, através das classificações sociais e das distinções de classe, o Estado irá inscrever as estruturas sociais e impor seus princípios de visão e divisão comuns, contribuindo para a construção de uma noção de realidade social²⁰ (BOURDIEU, 2004b, p. 105).

Essa definição forjada pelo Estado, ou pelas suas esferas administrativas, legislativa e judiciária, é sempre uma construção simbólica, mediada pela linguagem: a linguagem do “dizer” as coisas (sentido semântico) e do “fazer” as coisas (sentido pragmático). Isto quer dizer que ao discurso estatal compete interpretar o passado, definir o presente e prever o futuro, na medida em que o pré-estabelece, dizendo como ele “deverá ser”.

Assim é que a eficácia desse discurso se dá pelas condições sociais privilegiadas em que o discurso é produzido, ou seja, a ordem simbólica apoia-se sobre a imposição de estruturas cognitivas aparentemente coerentes e sistemáticas²¹, estando em consonância com as estruturas objetivas do mundo. É esse acordo imediato e pré-reflexivo que liga, por todos os liames do inconsciente, à ordem estabelecida (BOURDIEU, 2004b, p. 118).

2.2 Direito e as relações de poder

Para esse autor, o direito é um desses microcosmos, um espaço (um *campo*) relativamente autônomo, dotado de leis próprias, sem jamais escapar às intervenções do macrocosmo que o envolve: o Estado. Sujeito a pressões internas²² e externas²³, o “campo” jurídico manipula e

19 É por isso que a primeira parte deste trabalho foi dedicada a descrever o fenômeno social em questão, ou seja, a própria prática da terceirização e seus reflexos sociais e jurídicos.

20 Noções sociais como “estabilidade laboral”, “direitos sociais” e a “desassociação” necessária à noção de “terceirização” e ao resultado quase naturalizado junto ao exercício das atividades da Administração Pública.

21 Objeto de apreciação do último item desse artigo.

22 No interior do campo jurídico, é a autoridade jurídica investida do poder de violência física e simbólica, legitimada pelo monopólio estatal, que produz e exerce, respectivamente, teoria e prática jurídicas. Essa posição privilegiada da autoridade jurídica em relação ao leigo, não afasta a possibilidade de conflitos internos de competência entre as próprias autoridades jurídicas e jurisdicionais (BOURDIEU, 2000, p.211).

23 Segundo Bourdieu (2002, p. 67), a sociedade é diferenciada e consiste em um conjunto de espaços relativamente autônomos, como o campo cultural, o campo político, o campo econômico, que se influenciam uns em relação aos outros.

traduz a seu modo (por seus agentes e instituições, através de sua própria linguagem teórica) tais necessidades.

Outro seja, o direito deve ser visto como um “reflexo direto das relações de força existentes, em que se exprimem as determinações econômicas, e, em particular, os interesses dominantes, ou então, como um instrumento de dominação” (BOURDIEU, 2000, p. 210).

Assim é que o campo jurídico (político) é o espaço de concorrência pelo monopólio de “dizer o direito” ou a “boa ordem jurídica”, no qual se confrontam agentes investidos de suas competências sociais e técnicas com sua capacidade socialmente reconhecida de interpretar um corpo de textos e de consagrar uma visão legítima da realidade social.

“Poder declarar e impor o direito” significa “poder construir” uma estrutura social objetiva, isto é, “poder (re) produzir” efeitos de adesão e de submissão de uma sociedade em relação a uma matriz unificada de concepções e percepções de mundo, em tempo e espaço determinados.

Desta forma, o direito contribui para a sua própria força simbólica, e, para a ação do conjunto dos mecanismos que permitem poupar-se o trabalho (*faire l'économie*) da reafirmação contínua das relações de força pelo uso declarado da força (BOURDIEU, 2006, p. 200), ou seja, o direito não somente instaura relações duradouras de dominação, como também dissimula tais relações, quando conserva as suas características desiguais²⁴.

Neste aspecto, deve-se ressaltar as contribuições específicas da identificação da “autoridade” (jurídica/judicial) combinada à “forma” jurídica para dar cumprimento a essas funções.

A decisão judicial é uma “forma” jurídica atribuída à competência de um juiz²⁵, que decide, ou não, o mérito²⁶ da causa. Será através da decisão judicial que o magistrado decidirá de forma fundamentada quem “tem o direito e quem não o tem”. Portanto, quando da propositura de uma “demanda”, em que são descritas pretensões sociais com a intenção de obter uma satisfação judicial, é essencial que, ao final de um processo, a solução dada seja fundamentada no direito.

No entanto, o que se observa, sob uma perspectiva sociológica e externa ao direito, é que as decisões judiciais dificilmente escapam às influências externas, e raramente se baseiam única e exclusivamente em argumentos jurídicos, conforme se deveria supor, tomando como base o universalismo dos códigos processuais e materiais jurídicos²⁷.

3 O USO DA LINGUAGEM JURÍDICA E A ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DA DECISÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931/DF

Nesse item, será analisado um conjunto de construções argumentativas extraído dos votos

24 As distinções sociais encontram-se aí, nesse universo, dissimuladas. O direito sacramenta as desigualdades sociais, impressas, no caso concreto, no espaço geográfico em que laboram terceirizados e os funcionários públicos. As relações jurídico-trabalhistas e administrativas definem o “lugar” de cada um na sociedade.

25 A competência do juiz é a autorização legal que essa autoridade estatal detém para decidir os conflitos levados à jurisdição do Estado, é a parcela de jurisdição que compete a cada órgão jurisdicional.

26 O “mérito” aqui é entendido como as questões que serão tratadas e decididas em determinada demanda, incluindo tanto a ponderação de seus efeitos, como a razão de seu conteúdo.

27 A legislação vigente conceitua a sentença como sendo: “o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.” Portanto, o conceito de sentença resulta de uma análise conjunta dos arts. 203, § 1º, 485 e 487 do Código de Processo Civil.

proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal nas sessões de julgamento que deu provimento ao Recurso Extraordinário nº 760.931/DF²⁸. Este versou sobre a “responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das verbas trabalhistas no caso de terceirização de mão de obra”, cujo conteúdo foi **além** da ratificação do posicionamento acerca da Ação Declaratória de Constitucionalidade- ADC nº 16/DF, que havia declarado a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, vedando a transferência automática de responsabilidade à Administração Pública da União contratante e transferindo para o trabalhador terceirizado o ônus da demonstração da falha da contratação e fiscalização do contrato.

Na ação originária, o Tribunal Superior do Trabalho havia mantido a responsabilidade da União quanto ao adimplemento das verbas trabalhistas, porque constatada a existência de culpa *in vigilando*, ou seja, pela falta de acompanhamento e fiscalização do contrato, aplicando a sua Súmula nº 331, IV e V e a ADC nº 16/DF (BRASIL, 2017b).

Ocorre que a União, ora recorrente, sustentava que a aplicação do artigo 37, §6º, da Constituição Federal ao presente caso feriria o estabelecido no julgamento da ADC nº 16/DF, além de violar os artigos 5º, II ²⁹e 37, *caput*,³⁰ da Constituição, por consagrar obrigação contrária ao estabelecido no artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, e que a culpa deveria ser provada pela parte interessada (BRASIL, 2017b).

Para a realização dessa análise argumentativa, será tomado como ponto de partida, as noções quanto à função e ao funcionamento do direito em Bourdieu (2000, 2004a, 2004b), bem como os conhecimentos e as técnicas argumentativas, para o desenvolvimento do senso crítico, em Carraher (2008).

3.1 Interpretação constitucional e a “ignorância da questão”

Um argumento é um conjunto de afirmações que inclui pelo menos uma conclusão. Quem apresenta um argumento usa premissas, chamadas de evidências, para defender ou fundamentar sua conclusão. As funções dos argumentos são diversas e correspondem, na vida em sociedade, à realização de certos objetivos. Nesse sentido, a comunicação é instrumental e interessada, e não apenas uma forma de representar ou desenvolver o conhecimento (CARRAHER, 2008, p. 4).

Na análise do caso em exame, o Supremo Tribunal Federal (STF), nos termos do voto do ministro Luiz Fux, chegou à seguinte conclusão: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas

28 Trata-se de recurso extraordinário proposto pela União em face de Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizada Ltda. Tendo como relatora a Ministra Rosa Weber, seu voto foi acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de L. No entanto, o voto vencedor foi o do ministro Luiz Fux, seguido pelos ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes. As informações trazidas abaixo foram extraídas com base nos votos dos ministros disponibilizados no sítio eletrônico www.youtube.com e nos informativos do STF de nº 852, 853, 854, 859 e 862, tendo em vista que o acórdão ainda não foi redigido. (BRASIL, 2017a).

29 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;[...] (BRASIL, 1988).

30 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: [...] (BRASIL, 1988).

dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93” (BRASIL, 2017b).

Observa-se que as afirmações estão organizadas para cumprir uma determinada função social, num dado momento, e, para produzir um efeito sobre certos receptores, no caso, a sociedade brasileira, que já acumula pesadas prestações tributárias sem a contra partida de serviços públicos de qualidade. Nesses termos, o argumento de que “manter o poder público como garantidor universal dos trabalhadores terceirizados” impactaria ainda mais os custos sociais distribuídos entre todos solidariamente.

O problema com essa espécie de orientação, segundo os aspectos pragmáticos da sentença, é que essa coleção de argumentos, uma vez posta, pode levar a confundir explicações com afirmativas convenientes ou agradáveis à sociedade como um todo, com efeitos extensíveis a todos os entes federados da Administração Pública para adiante da própria União, bem como repercutiria nos milhares de casos semelhantes que tramitam nos tribunais trabalhistas de todo o país³¹, além de outras dezenas de milhares que seriam evitados.

No exemplo apresentado, um leigo poderia ser levado a entender que a única solução possível seria a de manter a “responsabilidade pelo adimplemento das verbas trabalhistas ao trabalhador terceirizado” nas mãos da empresa prestadora de serviços, real contratante. Então a hipótese de solução passaria a ser travada em um outro *campo de combate*³², denominado: “juízo de ponderação entre os interesses em conflito.”

A despeito da solução dada, havia no voto da Ministra Rosa Weber, relatora do RE, outros elementos a serem considerados. Segundo a Ministra, seria possível reafirmar a tese da ADC nº 16/DF, no sentido de que é vedada a transferência automática da responsabilidade para a Administração Pública, cumulando o reconhecimento da hipótese da chamada “culpa presumida” e do “princípio da aptidão da prova”, passando para o ente público o ônus de comprovar que atuou de acordo com as prescrições legais. Nessa hipótese, a solução também compatibilizaria a “condição de hipossuficiência” do empregado terceirizado aos princípios da cooperação e da boa-fé típicos instrumentos do processo do trabalho (BRASIL, 2017).

De outra forma, percebe que, a observância única dos primeiros argumentos, em detrimento das alegações da relatora, bem contribuiu para uma dupla lesão do princípio da igualdade entre trabalhadores não terceirizados e terceirizados.

Ora, a “ausência de responsabilidade” é um argumento que visa obscurecer outras questões reais que mereceriam atenção de um receptor versado em direito. Ainda que a Constituição não seja realmente explícita sobre a garantia dos direitos dos trabalhadores terceirizados, não se

31 Essa decisão produzirá efeitos para em média cinquenta mil processos, que se encontravam suspensos.

32 Exemplo de campo heterônomo, o campo jurídico sofre constantemente influência de outros campos, como o político e o burocrático (BOURDIEU, 2000, p. 37). Se bem que haja uma divisão do trabalho própria ao campo jurídico, frequentemente observa-se a concorrência entre agentes jurídicos e não-jurídicos, em termos de funções e poder de decisão. A despeito dessa disputa, do resultado do *bargaining power*, o direito continuará a apresentar-se como um sistema exclusivamente jurídico, aquém e além da relação de forças que, de fato, o sanciona e consagra.

pode esquecer que consagrou a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como princípios fundamentais (art. 1º, III e IV, CF), além do compromisso nacional contra toda e qualquer forma de discriminação (art. 3º, III e IV, CF). De modo específico, ainda se vislumbra a extensa gama de direitos sociais previstos para os trabalhadores em geral (art. 7º/11, CF), incluindo servidores públicos (art. 37/41, CF).

Ademais, o §6º do artigo 37 da Constituição Federal prevê a “responsabilidade objetiva” da Administração Pública ao afirmar que “responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. A “teoria do risco administrativo” deve ser evocada em todas as situações, inclusive no caso de danos causados aos trabalhadores terceirizados.

Para Carraher (2008, p. 30) esse fechar os olhos diante da realidade pode assumir a forma da “ignorância da questão”, quando as premissas são “ajeitadas” e oferecidas ao receptor de tal forma que elas se tornem consistentes entre si e com as crenças do emissor, qual seja: a de que não devem ser encontradas previsões quanto à responsabilidade do ente público no adimplemento das verbas trabalhistas dos trabalhadores terceirizados.

3.2 A noção de “omissão eloquente” e de outros critérios de interpretação

Outro ponto de necessário destaque do voto vencedor é a afirmação de que se o §2º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 previu expressamente que a “Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato” (BRASIL, 1993), e, nesse caso, não caberia a responsabilidade de encargos trabalhistas. Segundo o Ministro Luiz Fux, tratar-se-ia de típico caso de “silêncio eloquente”, ou seja, “se [o legislador] quisesse, teria feito o mesmo em relação aos encargos trabalhistas”, e se “não o fez, é porque entende que a Administração Pública já afere, no momento da licitação, a aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada” (BRASIL, 2017a).

Nesse contexto, é importante conhecer o conceito de falácia. Falácia é um erro de raciocínio que contamina a argumentação, tornando-a sem fundamento apropriado (CARRAHER, 2008, p. 27).

Dentre as denominadas falácias informais, estão as “falácias de relevância”, nas quais o emissor apresenta evidências que não são apropriadas para avaliar as conclusões propostas. Entre os “truques argumentativos” dessa natureza, identificados por Carraher (2008, p. 31), está aquele denominado: “falácia da petição do princípio”, em que o emissor inclui nas próprias premissas (1) e (2) ideias apresentadas como conclusões do mesmo argumento (3), como pode se verificar no voto do Ministro Luiz Fux:

[...] num primeiro momento eu entendo que já **na contratação o Estado tem, o poder público tem capacidade de fiscalizar**, não custa nada **incluir uma cláusula no edital, ou no contrato, que ponha esta fiscalização (1)** e, se não fiscalizar, é infração do dever contratual, **não precisamos ficar buscando**

solução diversa (2), [...] mas eu vou me ater a solução da ADC 16 e a *ratio legis* da Lei 9.032 que só criou responsabilidade solidária para encargos fiscais previdenciários e no mesmo momento que poderia ter erigido uma responsabilidade subsidiária não o fez (3)[...]. (CARRAHER, 2008, p. 31, grifo nosso).

Ao desempatar a votação, o ministro Alexandre de Moraes afirma que o artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/1993 é “mais do que claro” ao exonerar o Poder Público nestes casos (BRASIL, 2017).

Assim é que, nas conclusões dos Ministros verificam-se a eliminação de outras formas de interpretação do ordenamento jurídico, como se a única solução fosse aquela fornecida exclusivamente pela interpretação gramatical, o que “nem sempre é suficiente para a interpretação adequada de um texto legal” (KRELL, 2014, p. 305).

Assim, visando buscar um entendimento que harmonizasse os valores envolvidos, os Ministros poderiam ter se valido desde as técnicas mais tradicionais para interpretar o direito, como a interpretação sistemática, teleológica e histórica, bem como, poderiam ter lançado-mão de técnicas mais contemporâneas, interpretando conforme os princípios constitucionais da “máxima efetividade”, “razoabilidade”, entre outros, recorrentemente utilizados pelo STF, quando julga conveniente.

No Estado Social, o Judiciário tem como função a garantia da supremacia da Constituição, e no caso do Brasil, que possui uma Carta dirigente, é necessário que se intervenha para preencher possíveis lacunas jurídicas às instituições tradicionais, sempre no intuito de responder às demandas da sociedade (KRELL, 2012, p. 177).

Para além, a Corte Suprema não levou em consideração a própria Lei nº 8.666/1993, que em seu artigo 3º prevê o respeito ao denominado “desenvolvimento nacional sustentável”³³, como fundamento das contratações públicas. Ademais, também desconsiderou o argumento artigo 67 da mesma lei³⁴, que já observa o poder/dever do ente público de **fiscalizar** os contratos administrativos de forma permanente, inclusive no tocante a violação dos direitos dos trabalhadores terceirizados³⁵ (BRASIL, 2017).

Além disso, percebe-se que certas partes da ADC nº 16/DF (BRASIL, 2011) foram descaracterizadas e (re)caracterizadas pelo voto vencedor do RE 760.931/DF, produzindo um

33 Segundo a Lei 8.666/1993 e seu art. 3º: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável” e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos do direito administrativo. O princípio do desenvolvimento nacional sustentável possui duas dimensões: uma ecológica, que visa a adoção de práticas ambientais adequadas; e outra econômico-social, que “consiste num processo de incremento de riqueza acompanhado da elevação da qualidade de vida” (JUSTEN FILHO, 2011).

34 Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

35 Voto da Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2017). Na mesma linha, o ministro Luís Roberto Barroso afirma **que a fiscalização do ente público é uma obrigação de meio e não de resultado**, pode inclusive ser realizada por amostragem com apoio técnico do órgão de controle externo, que terá presunção relativa de razoabilidade, devendo notificar a empresa terceirizada em caso de descumprimento de suas obrigações, e na manutenção da irregularidade, deve promover ação de depósito, com a liquidação e o pagamento das parcelas devidas aos trabalhadores, com o devido abatimento dos valores da empresa contratada (BRASIL, 2017a).

resultado bem diferente, com **aparente superioridade** entre critérios³⁶. Ora, a omissão do legislador, não pode produzir um efeito mais concreto e abrangente, que todo o conteúdo principiológico sobre contratações públicas e proteção laboral, ao contrário, deve-se utilizar aquela que garantir a melhor interpretação em favor do empregado que presta serviço para a Administração.

3.3 Do apelo à concepção do Estado “moderno e eficiente”

Em muitos contextos sociais surgem “chavões” para transmitir com menor grau de resistência de ideias entre uma fonte de informação e seus receptores.

Esse é o caso do uso da expressão “moderna e eficiente”, em oposição à noção “arcaica e ineficiente”, para qualificar a gestão pública (CARRAHER, 2008, p. 40).

Nesse sentido, foi o voto do ministro Alexandre de Moraes:

Elastecer a responsabilidade do poder público em contratos de terceirização parecer ser um convite para que se faça o mesmo em outras dinâmicas de colaboração com a iniciativa privada, como as concessões de serviços públicos. [...] A consolidação da responsabilidade do estado pelos débitos trabalhistas de terceiro apresentaria risco de desestímulo de colaboração da iniciativa privada com a administração pública, estratégia fundamental para a **modernização** do Estado. (BRASIL, 2017a, grifo nosso).

Assim, se o receptor não estiver predisposto a questionar as razões do uso de tais expressões, bem como o seu conteúdo, pode ser estimulado a ser receptivo a um determinado argumento. Nesse caso, o poder persuasivo destas expressões pode resultar em distorções flagrantes, como, por exemplo, ajudar a restringir a efetividade de direitos sociais e individuais consagrados na Constituição.

O chamado “modelo gerencial” de administração pública foi proposto, a partir da década de 90, como resposta ao mercado financeiro, que exigia além de um ajuste fiscal, a desregulamentação de direitos e a privatização de setores estratégicos do Estado (CASTRO, 2006).

Nesse sentido, o conteúdo burocrático da Constituição Federal passou a ser contestado com a incorporação dessas novas diretrizes gerenciais, que culminaram com a aprovação da Emenda Constitucional n. 19 de 1998, que estabeleceu a adoção do “princípio da eficiência” na administração pública brasileira.

Para Chiavenato, “eficiência” pode ser compreendida como uma medida normativa de utilização dos recursos num processo. “[...] A eficiência é uma relação entre custos e benefícios.

36 .Apesar da ementa similar, a ADC nº 16/DF consignou de forma expressa a possibilidade de responsabilização em caso de “culpa in vigilando, patente, flagrante”, abordou ainda questões como “conflito de normas no espaço” e cotejou o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 com o art. 37, §6º, da CF, o que resultou na vedação da responsabilidade do Estado de “forma irrestrita”, mas possibilitando a responsabilização a depender das provas no caso concreto. Já o RE nº 760/931/DF balizou o critério de apreciação da prova, invertendo-o em favor do trabalhador. Com isto, é o trabalhador terceirizado quem deverá comprovar que o Estado não licitou e/ou fiscalizou o contrato (BRASIL, 2017a).

Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível [...] (CHIAVENATO, 1994, p. 70). Não tardaria para que esse recurso de expressão fosse associado à crença de que somente “a privatização, compreendida no seu sentido amplo, traria um consequente avanço eficiente aos serviços públicos”³⁷.

Ao contrário do que se poderia crer, o que se pode observar é que, as “terceirizações” praticadas, em âmbito precário, além de pouco contribuir para a eficiência da prestação do serviço público, ainda agravam as condições das relações trabalhistas na Administração Pública (ver Item1).

Ademais, ressalta-se que a construção deste “apelo popular” não se deu de maneira isolada pelo órgão jurisdicional. O processo judicial não paira alheio aos movimentos da sociedade. Não por acaso, o discurso dos meios de comunicação será repetido pelo Poder Judiciário. Em todas as situações, as motivações passam ao largo da racionalidade.

No fim, o que se observa nos textos das decisões e dos textos jornalísticos é o uso do “apelo popular” como estratégia de defesa de certas evidências,³⁸ através da associação entre as mesmas e as crenças comumente aceitas, que falsamente imprimem a ideia de imparcialidade e racionalidade (CARRAHER, 2008, p. 40).

No dizer de Mascaro (2013, p. 70), “não são apenas falsas consciências ou ideias extravagantes ao todo social nem, ainda, simples emanções ocasionais de deliberações estatais, mas, sim, práticas efetivas, enraizadas em relações sociais concretas”.

Não que se sustente a transferência automática da responsabilidade à Administração Pública, porque isso poderia incentivar ao descumprimento de direitos laborais do contratante, mas, ao mesmo tempo, a tese vencedora não pode vir a contribuir com a precarização das relações trabalhistas.

A solução deveria ser compatível com os valores sociais previstos na ordem jurídica pátria, como consagrado nos votos dos ministros Rosa Weber e Luís Roberto Barroso, que previram a inversão do ônus de prova em caso de “falha da fiscalização em favor do empregado”, bem como o “dever notificar e reter os pagamentos à prestadora de serviços”³⁹, com o fim de saldar a dívida

37 Desconsiderando a natureza social, própria dos serviços públicos, adotaram-se as referências privadas, quase que exclusivamente econômicas, para aquela gestão, considerando que: eficiência fosse um conceito matemático: fosse a relação entre insumo e produto (input e output). Um administrador eficiente é o que consegue produtos mais elevados (resultados, produtividade, desempenho) em relação aos insumos (mão-de-obra, material, dinheiro, máquinas e tempo) necessários à sua consecução. Em outras palavras, um administrador é considerado eficiente quando minimiza o custo dos recursos usados para atingir determinado fim. (MEGGINSON et al., 1998, p. 11).

38 Não é incomum que os representantes da administração pública adotem esse discurso nos meios de comunicação: “nosso objetivo é buscar junto à sociedade um modelo de gestão mais eficiente e dinâmico, que desonere a prefeitura e traga modernidade ao equipamento”, afirmou o secretário municipal de Desestatização e Parcerias”. Informações no site: <http://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeitura-de-sp-lanca-edital-para-receber-estudos-de-concessao-para-complexo-do-pacaembu>.

39 Neste sentido, são várias as decisões do Tribunal de Contas da União, como os acórdãos nº 1.450/2011 e 964/2012, bem como a Instrução Normativa nº 05 de 2017 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em especial, o art. 65: Art. 65. Até que a contratada comprove o disposto no artigo anterior, o órgão ou entidade contratante deverá reter: I - a garantia contratual, conforme art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, prestada com cobertura para os casos de descumprimento das obrigações de natureza trabalhista e previdenciária pela contratada, que será executada para reembolso dos prejuízos sofridos pela Administração, nos termos da legislação que rege a matéria; e II - os valores das Notas fiscais ou Faturas correspondentes em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada. Parágrafo único. Na hipótese prevista

de pagamento com os trabalhadores.

CONCLUSÃO

Sob o ponto de vista exclusivamente econômico, a “terceirização” aumenta os lucros e as vantagens do empregador contratante, pois o aumento da jornada de trabalho se combina com a redução das remunerações. Se isso ocorre de um lado, de outro, tem-se um “trabalhador (contratado) de segunda classe”, o qual, sob o ponto de vista social e ambiental, arca com todos os prejuízos e danos à sua qualidade de vida e de sua família.

Por esse prisma, o Estado atua por meio de suas estruturas, sob a forma do processo jurídico e da decisão judicial, e de sua estruturação, que se encontra impressa no conteúdo das leis e das decisões judiciais dos magistrados, para produzir e reproduzir as classificações mentais e percepções distintas da realidade. No caso concreto do Estado brasileiro, observa-se pelo menos desde a década de 90, uma clara inflexão à satisfação exclusiva das diretrizes do mercado financeiro, em que o projeto de administração pública se caracteriza pela solução econômica da “eficiência” gerencial.

Se bem que o resultado do RE nº 760.931/DF tenha um final conhecido: “a irresponsabilidade automática da Administração Pública no tocante ao adimplemento das verbas trabalhistas dos trabalhadores terceirizados” (BRASIL, 2017), esse trabalho objetivou realizar algumas ponderações sobre uso da linguagem e da argumentação, dita jurídica, sobre as decisões judiciais. Dentre as constatações, está o problema do uso indistinto de “falácias” e de “apelos”, usados no sentido de convencer o receptor e a sociedade sobre a veracidade dos fatos narrados e sobre a necessária legitimação de um determinado arbitrário social e cultural, muitas vezes obscurecido.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **A produção da crença**: contribuição para uma economia dos bens simbólicos. Porto Alegre: Zouk, 2006.

BOURDIEU. **Entrevistado por Maria Andréa Loyola**. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2002.

BOURDIEU. **O poder simbólico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

BOURDIEU. **Os usos sociais da ciência**: por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: UNESP, 2004a.1

BOURDIEU. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. 5. ed São Paulo: Papyrus, 2004b.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso

no inciso II do caput, não havendo quitação das obrigações por parte da contratada no prazo de quinze dias, a contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços objeto do contrato.

em: 8 maio 2017.

BRASIL. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. 1997a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em: 14 mai. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. 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: 12 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 8.863, de 28 de março de 1994. Altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8863.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. 1997b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999**. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 1.621, de 12 de julho de 2007**. Dispõe sobre as relações de trabalho em atos de terceirização e na prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=382CA59CFBB7DB5832858CEB61B70AFC.proposicoesWebExterno1?codteor=483435&filename=PL+1621/2007>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF**. Governador do Direito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe de 9 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF**. Partidos dos Trabalhadores – PT, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe de 5 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 760.931/DF**. União e Priscila Medeiros Nunes, Evolution Administradora de Serviços Terceirizada Ltda. Relatora: Ministra Rosa Weber. Informativos nº 852, 853, 854, 859 e 862. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>>. Acesso em: 16 maio 2017a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Terceirização: plenário define limites da responsabilidade da administração pública. **Notícias STF**. 30 mar. 2017b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>>. Acesso em: 17 maio 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. 2. ed. Brasília: ENAP, 2011.

CAMPOS, André Gambier. **Impactos da terceirização sobre a remuneração do trabalho no Brasil: novas evidências para o debate**. Brasília: IPEA, 2016.

CARRAHER, David. **Senso crítico: do dia-a-dia às ciências humanas**. São Paulo: Cengage, 2008.

CASTRO, Rodrigo. Eficácia, eficiência e efetividade na administração pública. In ENANPAD, 2006, Salvador. **Anais...** Salvador, 2006.

CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos na empresa: pessoas, organizações e sistemas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

CUT. **Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha – dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos**. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. **Terceirização e precarização das condições de trabalho**: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. São Paulo, 2017.

HARVEY, David. **A produção capitalista do espaço**. São Paulo: Annablume, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela 12.349. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 50, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=50&artigo=1077&l=pt>>. Acesso em: 12 maio 2017.

KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**: São Paulo, v. 10, n. 1, p. 295-320, 2014.

KRELL, Andreas Joachim. Para além do fornecimento de medicamento para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FEITOSA, Enoque (Org.) et al. **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Ed. Universitária, 2012.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MEGGINSON, Leon C. et al. **Administração**: conceitos e aplicações. 4.ed. São Paulo: Harbra, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Como citar: MARCHIONI, Alessandra; BORBA, Daniel Miranda. A contribuição da análise de custo-benefício na avaliação da eficiência de regras fundiárias do distrito federal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 91-110, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p. 91. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 02/07/2017

Aprovado em: 12/11/2018

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: REFLEXÕES SOBRE SUSTENTABILIDADE, COMPENSAÇÃO E PREVENÇÃO

ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY: UNDERSTANDINGS ABOUT SUSTAINABILITY, COMPENSATION AND PREVENTION

Renato Augusto dos Santos*
Deilton Ribeiro Brasil**

* Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Bacharel em Direito pela Faculdade de Pará de Minas-MG. Advogado. E-mail: fmsoab@gmail.com

** Pós-Doutor em Direito junto a Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho/RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Direito Proteção dos Direitos Fundamentais e Graduação da Universidade de Itaúna-MG. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

Como citar: SANTOS, Renato Augusto dos; BRASIL, Deilton Ribeiro. Responsabilidade civil ambiental: reflexões sobre sustentabilidade, compensação e prevenção. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 111-129, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 111. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a responsabilidade civil à luz do paradigma da sociedade de risco, caracterizada pelo avanço tecnológico e, principalmente, pelos efeitos colaterais negativos daí advindos. Neste ínterim, sob o enfoque da sustentabilidade, será abordada a necessidade de respostas no plano da reparação dos danos, onde o Direito, como mecanismo de organização, solução e administração de controvérsias, tem a importante função de responder a tais desafios. Quanto à metodologia, a pesquisa que se propõe pertence à vertente jurídico-sociológica que, por meio de revisão bibliográfica e jurisprudencial, pretende apresentar reflexões sobre a temática.

Palavras-Chave: Direito. Sociedade de risco; Responsabilidade civil ambiental; Sustentabilidade; Reparação do dano.

Abstract: This paper has the central objective of analyzing civil liability in light of current paradigms, characterized by technological progress and mainly by environmental deterioration. Therefore, under the guise of sustainability, this study searches for instruments as a means of repairing environmental damages. One such instrument is law, which is a mechanism that can organize solutions and administrate controversies. Moreover, it has the important function of answering such challenges. Finally, this paper utilizes juridical-sociological concepts, literature review of jurisprudence, with the objective of better understanding this

important issue.

Keywords: Law; Risk Society; Environmental civil liability; Sustainability; Compensation for damages.

INTRODUÇÃO

Os riscos e as incertezas da sociedade contemporânea, advindos do desenvolvimento técnico-científico e da globalização, indubitavelmente, testam e questionam a resiliência do Direito.

Os efeitos colaterais negativos advindos deste desenvolvimento, através da energia nuclear, da nanotecnologia, da biotecnologia, dos aprimorados sistemas de informação e outros mais, alicerçados em uma corrida econômica globalizada, geram incertezas e acenam para a necessidade de uma nova leitura no que tange a responsabilidade civil.

Nesta medida, primeiramente, o foco de trabalho será a resiliência do Direito, de norte a complexidade de desafios sociais que exigem disposição para romper padrões lineares e excessivamente conservadores.

Na seção seguinte, será trabalhada a sociedade de risco, caracterizada por ser uma sociedade complexa, dinâmica e repleta de transformações.

Por fim, na última seção, considerando a sustentabilidade e o restabelecimento do equilíbrio desfeito por ocasião do dano, o estudo versará sobre o alargamento da responsabilidade civil, especialmente, a responsabilidade civil ambiental, momento em que será apresentado o posicionamento da doutrina e jurisprudência pátria.

Com essa abordagem, encerra-se o objetivo principal do presente trabalho, que nada mais é que uma reflexão sobre o embate existente entre o desenvolvimento econômico e os chamados riscos do desenvolvimento, onde o Direito assume o importante papel de tornar equilibrada esta relação.

O tema justifica-se pela relevância, pois a necessidade de se equacionar o crescimento econômico globalizado com o desenvolvimento sustentável, sem sombras de dúvidas, é prioridade da agenda jurídica contemporânea.

1 DA METODOLOGIA UTILIZADA

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema - como o arcabouço jurídico que pavimenta a teoria da responsabilidade civil ambiental nos seus aspectos de sustentabilidade, compensação e prevenção. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

2 RESILIÊNCIA DO DIREITO

A semântica do vocábulo resiliência, procedente da Física, corresponde à elasticidade de um corpo em recuperar a sua forma original após sofrer algum choque ou deformação (MICHAELIS, 2017).

Com esse significado semântico, para dar conta das limitações, dos enfrentamentos e das dificuldades que predominam na sociedade atual, este termo comumente tem sido utilizado nos mais variados contextos.

No campo das ciências humanas, particularmente, no âmbito da Psicologia, a resiliência passou a significar a capacidade do ser humano de se recuperar de situações adversas (FLORES, 2014, p.138).

No Direito, ciência social aplicada, a resiliência ganha conotação de regeneração, de restabelecimento do equilíbrio, no sentido de responder satisfatoriamente às demandas de uma sociedade dinâmica, complexa e globalizada.

Vale dizer, não poderia o Direito ser legítimo se porventura atuasse distanciado das relações sociais. Preservar normas e institutos ultrapassados, que não correspondam à ideologia hodierna vivenciada, seria desvalorizar qualquer absorção de variação e transformação da sociedade.

A título de exemplo, importa rapidamente lembrar como o Direito se mostrou resiliente ao longo dos tempos. Após passar por um processo de dessacralização, nos idos do Estado liberal, legitimou a separação dos poderes e garantiu as liberdades individuais. Quando do Estado Social, fez-se instrumento de atuação concreta do Estado, garantido igualdade substancial e não apenas formal. Mais recentemente, a partir do século passado, em virtude da ocorrência de duas grandes guerras mundiais, em um período demasiadamente pequeno, que segundo Almeida (2008) foram produzidas pela mundialização econômica, como resposta apresentou a proteção dos direitos relacionados à fraternidade, coletividade.

A par disso, tem-se que a resiliência do Direito trata-se de uma atualização dinâmica, onde um sistema fechado, blindado por sua legalidade, passa a interagir com o mundo exterior.

Assim, a resiliência legitima o Direito a oferecer, em qualquer época, o meio pelo qual ou o processo pelo qual, em face de novas descobertas, sejam elas tecnológicas, científicas, econômicas e etc., a restabilização do equilíbrio desfeito em função das condições sociais vigentes. Daí a importância de se ter um Direito apto a suportar desafios a fim de aprimorar seus próprios institutos e gerenciar as mudanças sociais de forma construtivista.

Flores (2014, p. 135-136) destaca este viés:

Resiliência enquanto estratégia reflexida do Direito constitui-se como uma forma de observação e operacionalização, no sentido de desenvolver a capacidade de produzir diferença. Trata-se de uma forma de produção/assimilação da Inovação de forma construtivista, no sentido de obter com isso certo aprendizado.

No modelo atual de sociedade, sociedade pós-industrial, esta capacidade é constantemente

desafiada. A internacionalização dos mercados, o avanço tecnológico, o predomínio do setor terciário, como nova forma de configuração social, desenvolvem efeitos colaterais nos mais variados setores da vida social e, com isso, cada vez mais, situações inéditas chegam às portas do Poder Judiciário.

Conceitos como soberania, meio ambiente, cultura, economia, Estado, território, dentre outros, são colocados em questão e nos levam a refletir como o Direito irá equacioná-los.

Em uma visão mais ampla, os riscos apresentados pela lógica da eficiência e pelo canibalismo econômico se chocam com o Direito existente e, em prol da sustentabilidade, ou seja, em prol não somente das gerações presentes, mas também das futuras, a força a equacionar as possibilidades e as adversidades, revendo seus próprios institutos para reordenar o equilíbrio desfeito.

Como não poderia ser diferente, conciliar a estrutura de instituições tradicionais, historicamente construídas, que de certa forma se apresentam inflexíveis e visam garantir segurança jurídica, não é um tema dos mais simples. A reordenação é sempre um grande desafio.

Campilongo (2011) analisa a questão do Direito diante da globalização com base na teoria sugerida por Luhmann, que aponta o sistema jurídico como aberto em termos cognitivos e fechado em termos operativos, ou seja, um Direito que dialoga com outros sistemas (abertura cognitiva), mas, no entanto, adstrito nos limites deste próprio Direito (fechamento operativo).

Para referido autor, não há incompatibilidade sistêmica, operacional, decisória ou funcional que torne o direito positivo inconciliável com a globalização. Para ele, o sistema jurídico deve considerar o contexto da sociedade moderna, portanto, as situações e configurações paralelas ao Estado, surgidas pela complexidade imposta pela globalização, não estariam descaracterizando o Direito.

Não seria pela eventual nova configuração dos espaços do direito - descentralizados, paralelos ao Estado, informais, não-hierarquizados - que o sistema jurídico estaria se descaracterizando. Há de se perguntar, isto sim, se as novas formas jurídicas continuam operando como programas condicionais, garantindo expectativas normativas, atuando como ordem coercitiva e, principalmente, diferenciando-se do ambiente externo com base no seu código particular (direito/não direito). Só haverá direito quando forem preenchidas essas condições. Do contrário, o que se terá são manifestações pré-jurídicas (CAMPILONGO, 2011, p. 142).

Nessa perspectiva, a resiliência do Direito tem conotação de inovação, pois de uma situação incomum, que não é corriqueira, passa a produzir resultados construtivistas e edificantes.

Em linhas gerais, a resiliência do direito deve ser utilizada para o enfrentamento e para o restabelecimento do equilíbrio da sociedade. Certo é que sempre haverá muita resistência e o desafio é desvendar quando uma resistência é fruto de operações reflexivas do próprio Direito ou de uma barreira dogmaticamente conservadora imposta por parte daqueles que, em tese, seriam beneficiados por um Direito estático.

3 DA SOCIEDADE DE RISCO

No final da idade média, em contraste a uma sociedade feudal, agrária, novas formas de produção e distribuição de bens e riquezas foram estabelecidas.

O processo de produção, em substituição àquele de outrora, predominante artesanal, passou a ser realizado pela maquinaria e a distribuição de bens e riquezas, de comercial a industrial.

Logo, a idade moderna trouxe consigo a transição do trabalho, essencialmente, manual, para um sistema articulado de máquinas capazes de substituir milhares de homens e mulheres. O conjunto dessas transformações ficou conhecido como Revolução Industrial.

Neste contexto, o poder econômico e político foram transferidos das mãos dos proprietários de terra (aristocracia rural) para as mãos dos proprietários dos meios de produção (burguesia industrial).

Essa dinâmica, inquestionavelmente, trouxe significativa mudança na relação entre homem e natureza, pois com a massificação da produção, ou seja, com a produção em grande escala, o uso desmedido e desenfreado dos recursos naturais afastou quaisquer questionamentos sobre a própria manutenção da vida.

Assim também se pode dizer que a natureza foi subjugada, explorada como produto de comercialização global.

Dentro deste contexto, De Masi (2003, p. 19) indica as principais características da sociedade industrial:

- a) concentração de massas de trabalhadores assalariados nas fábricas e nas empresas financiadas e organizadas pelos capitalistas de acordo com o modo de produção industrial;
- b) predomínio de trabalhadores no setor secundário;
- c) aplicação das descobertas científicas ao processo produtivo na indústria;
- d) maior mobilidade geográfica e social;
- e) reforma dos espaços em função da produção e do consumo dos produtos industriais;
- f) aumento da produção em massa e do consumismo;
- g) fê em um progresso irreversível e em um bem-estar crescente;
- h) difusão da ideia de que o homem, em conflito com a natureza, deve conhecê-la e dominá-la;
- i) presença conflitual, nas fábricas, de partes distintas e contrapostas, os empregadores e os empregados;
- j) possibilidade de reconhecer uma dimensão nacional dos vários sistemas industriais;
- l) concessão do predomínio aos critérios de produtividade e de eficiência entendidos como único procedimento para a otimização dos recursos e dos fatores de produção;
- m) existência de uma rígida hierarquia entre os vários países, estabelecida com base no Produto Nacional Bruto, na propriedade das matérias-primas e dos meios de produção.

Sobre este processo, Marx (2013, p. 701) já alertava que:

A revolução que a grande indústria acarreta na agricultura e nas condições sociais de seus agentes de produção só será examinada mais adiante. Por ora, basta antecipar brevemente alguns resultados. Se o uso da maquinaria na agricultura está em grande parte isento dos prejuízos físicos que ela acarreta ao trabalhador fabril, não é menos verdade que, no que diz respeito a “tornar supranumerários” os trabalhadores, ela atua de modo ainda mais intenso e sem nenhum contrapeso, como veremos em detalhes mais à frente.

E continua:

E todo progresso da agricultura capitalista é um progresso na arte de saquear não só o trabalhador, mas também o solo, pois cada progresso alcançado no aumento da fertilidade do solo por certo período é ao mesmo tempo um progresso no esgotamento das fontes duradouras dessa fertilidade (MARX, 2013, p. 703).

Assim, nota-se que os problemas da sociedade industrial foram gerados pelo próprio avanço tecnológico e que essa experiência reflete a impotência do sistema industrial diante de uma natureza contaminada, corrompida, disseminando a consciência dos efeitos colaterais indesejados.

Para Beck (2011), embora o desflorestamento tenha trazido à baila os primeiros indícios desses efeitos colaterais, até o desastre de Chernobyl a lógica da produção de riquezas dominava a produção de riscos.

Segundo ele, antes do referido acidente nuclear, a concepção era de que a miséria e a violência humana, oriundas do canibalismo técnico, econômico e científico, dizia respeito tão somente aos outros, sejam eles judeus, mulheres, negros, refugiados e etc., mas a partir de então, as fronteiras, atrás das quais aqueles que não eram afetados podiam se esconder, deixaram de existir (BECK, 2011).

Vê-se, então, que os riscos sociais e econômicos tomaram proporções cada vez maiores e duas consequências destacaram-se. Por um lado, os limites territoriais deixaram de existir. Basta pensar que uma contaminação nuclear, conforme a alhures mencionada, equivale à inexistência de qualquer saída possível para outros países ou continentes e que a carne produzida na América, com agrotóxicos, pode muito bem ser consumida em qualquer parte do planeta. Por outro lado, instituições de controle, por desconhecer os riscos do perigo em abstrato, não estão aptas a combatê-los.

Vive-se, então, um paradoxo inerente ao conhecimento científico que, ao gerar o progresso e se desenvolver para a produção de bens e serviços, gera riscos que não podem ser dimensionados.

Tal fato é agravado pelo advento da sociedade pós-industrial, pois revestida por uma nova configuração social, potencializou os riscos caracterizados pela invisibilidade, supranacionalidade e atemporalidade. Esses novos riscos escapam à percepção humana imediata, pois não estão limitados a quaisquer fronteiras e, na maioria das vezes, somente são percebidos muito tempo depois de produzidos.

A sociedade pós-industrial traz consigo aspectos determinantes:

1) a passagem da produção de bens para a economia; 2) a preeminência da classe dos profissionais e dos técnicos; 3) o caráter central do saber teórico, gerador da inovação e das ideias diretivas nas quais a coletividade se inspira; 4) gestão do desenvolvimento técnico e o controle da tecnologia; 5) a criação de uma nova tecnologia intelectual (DE MASI, 2003, p. 35).

Na sociedade pós-industrial, ao contrário da sociedade industrial, onde havia o predomínio de trabalhadores no setor secundário, percebe-se o predomínio do setor terciário, num momento em que o produto ganha novas facetas, biotecnologia, nanotecnologia, avançadas formas de comunicação, sobretudo impulsionada pela rede mundial de computadores.

Diante deste cenário, Beck (2011) cunha a expressão “sociedade de risco” e a esquematiza em dois momentos: a modernidade simples e a modernidade reflexiva.

No escólio do referido autor:

Assim como no século XIX a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária, estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social. (BECK, 2011, p. 12-13).

Em outras palavras, a modernidade simples é aquela marcada por revoluções políticas e industriais ocorridas a partir do século XVIII. Nesta modernidade, segundo Beck (2011), houve a intensificação da industrialização e também do avanço tecnológico, entretanto, na essência acreditava-se que a racionalidade humana poderia conduzir a um mundo ideal, onde a natureza poderia ser controlada pelas forças de produção. Os efeitos deste desenvolvimento não eram considerados uma grande preocupação, haja vista que, as relações sociais, econômicas e políticas, eram realizadas a nível local.

Já na modernidade reflexiva, o homem percebe os efeitos maléficos do período anterior e passa a refletir sobre as atividades industriais e o desenvolvimento da tecnologia. Nesta fase, diante do processo de globalização, o cidadão compreende a sua impotência no domínio da natureza, passando a questionar o impacto da distribuição de toxinas sobre a água, o ar, o solo, bem como a promessa de segurança, a ciência e normas sobre prevenção, repressão e responsabilização.

Beck (2011) aduz que o processo de modernização torna-se reflexivo (no sentido mais restrito da palavra), o que significa dizer que ele se torna um tema e um problema para si mesmo.

Posto isto, observa-se que o paradigma da sociedade atual está em questões sobre como evitar ou minimizar os riscos do processo de modernização, de forma a não obstacularizá-lo nem permitir que os efeitos colaterais deste processo ultrapassem os limites do suportável.

4 DESDOBRAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

O acentuado processo de industrialização, o avanço tecnológico e a globalização, como características da atual forma de configuração social, colocaram de vez o meio ambiente sob a ótica do Direito.

O grande dilema dessa constatação, todavia, consiste em verificar como o Direito deve se portar para equacionar os riscos e as incertezas que envolvem de forma inevitável o reconhecimento

de bens jurídicos de natureza difusa.

Nessa ambiência, inquire-se sobre os novos rumos da responsabilidade civil, pois o Direito, como mecanismo de organização, solução e administração de controvérsias, sob pena de ser considerado ilegítimo, tem de responder aos desafios que o cenário social apresenta, seja remodelando as fronteiras de seus institutos ou permitindo a criação de novas alternativas.

Inegavelmente, o principal objetivo do Direito é trabalhar na proteção daquilo que é lícito e na represália daquilo que é ilícito. Dito de outra forma, ao mesmo tempo em que estabelece um dever jurídico que, diga-se de passagem, pode ser positivo ou negativo, atua na repressão daquilo que lhe é contrário.

Nesta senda, Cavalieri Filho (2007, p. 2) traz a distinção entre dever primário (obrigação) e dever secundário (responsabilidade civil):

A violação de um dever jurídico configura o ilícito que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever *jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever *jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá outro dever jurídico: o da reparação do dano.

Ao cabo deste processo, toda conduta que violar um dever primário e causar dano a outrem, é fonte geradora de responsabilidade civil. Logo, pode se dizer, que a responsabilidade civil será sempre subjacente ao dever jurídico primário.

O Código Civil Brasileiro, lei nº 10.046/2002, artigos 389 e 927, deixam bem claro que na responsabilidade civil reside o dever de trato jurídico secundário, o dever de reparar, de indenizar: “Não cumprida à obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.” - “Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Neste azo, impera a máxima da restituição por inteiro, vale dizer, na medida do possível, a função da responsabilidade civil é conduzir a vítima, aquele que sofreu o dano, ao estado imediatamente anterior à situação de lesão.

Inúmeras são as causas jurídicas que podem gerar a obrigação de indenizar: o ato ilícito; a violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; violação de deveres especiais impostos pela lei àquele que se encontra em determinada relação jurídica com outra pessoa (hipótese de responsabilidade indireta, como a que se estabelece aos pais por ato dos filhos menores e aos tutores e curadores, em relação aos tutelados ou curatelados); obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro ou fiança; e a prática de ato lícito, quando enseja a obrigação de indenizar por previsão legal (estado de necessidade).

Em relação a esta última causa jurídica que pode gerar a obrigação de indenizar, na concepção de Cavalieri Filho (2007), por não haver defloramento a um dever jurídico primário, sistematicamente falando, não seria hipótese de responsabilidade civil, mas, sim, de equidade, de solidariedade:

Entendemos que a aparente contradição entre o ato praticado em estado de necessidade (ato lícito) e a indenização do dano correspondente decorra da ideia enraizada de que toda e qualquer reparação do dano tem por causa o ato ilícito. Mas isso é um equívoco, porque o ressarcimento pode se dar a título diverso da responsabilidade civil, isto é, sem que o agente tenha violado qualquer dever jurídico. Muitas são as hipóteses em que a lei concede um direito mas condiciona o seu exercício, apesar de legítimo, à reparação dos eventuais prejuízos sofridos por terceiros. Assim, por exemplo, na desapropriação, na servidão e no estado de necessidade. Em tais casos não há, a rigor, que se falar em responsabilidade civil, porque, como já ressaltado, o agente não viola qualquer dever jurídico; antes pelo contrário, age conforme o Direito. Há, sim, reparação do dano fundada na equidade. Essa ideia de equidade é bem mais expressiva no Código Civil Português, cujo art. 339º, II, tem a seguinte redação. “O autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indenizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva; em qualquer outro caso, o *tribunal pode fixar uma indenização equitativa* e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do ato ou contribuíram para o estado de necessidade”. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 519).

De um breve estudo histórico é possível perceber que a responsabilidade civil não se caracteriza apenas como fenômeno jurídico, pois seu objeto também é observado pelos olhos da moral, da religião e da filosofia.

Neste viés, importa dizer, que somente em tempos mais recentes deu-se início à compensação pecuniária. Vale recordar que na pré-história da responsabilidade civil, a vingança foi à primeira forma de reação contra comportamentos lesivos. Neste período, diante da inexistência de um poder central, a vendeta era levada a efeito pela própria vítima ou pelo seu grupo familiar. Ato contínuo, típica da tradição bíblica, estabeleceu-se a Lei de Talião (olho por olho, dente por dente) que, em síntese, baseava-se em função da proporcionalidade do castigo. Posteriormente, em Roma, período republicano (509 - 27 a.C.), a matéria foi regulada pela *lex Aquilia*. Embora não fosse possível distinguir de forma sistemática, a função penal sancionatória da função civil reparatória, referida lei passou a prescrever, a cargo do autor do dano, o pagamento de uma sanção pecuniária em favor da vítima. Neste período, deu-se início ao que hoje denominamos por responsabilidade extracontratual e o elemento culpa (*lato sensu*, a abranger também o dolo) passou a ser elemento iniludível à responsabilidade pelo dano sofrido. Posteriormente, com o advento da escola de direito natural, paulatinamente, distinguiu-se a responsabilidade civil da responsabilidade penal, ou seja, foram os jusnaturalistas, sem se descurar do modelo embrionário desenvolvido em Roma, que possibilitaram um novo séquito, um novo seguimento aos deveres jurídicos secundários (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2014).

Subjacente a esta base eminentemente subjetivista, onde a ideia de reparação, de

compensação, fez da culpa elemento nuclear da responsabilidade civil, a mudança de paradigma se deu paralelamente às novas complexidades sociais.

O progresso, a industrialização e o aumento dos danos, criados a partir do século XVIII, com a revolução industrial, testaram a resiliência do Direito e levaram ao surgimento de novas teorias dentro da responsabilidade civil.

É que, com a explosão demográfica, com a mecanização e a intensificação da produção e das jornadas de trabalho, não tardaram em acontecer acidentes de trabalho que, todavia, restavam, na maioria das vezes, sem qualquer reparação, justamente porque se exigia prova da culpa do empregador, cuja obtenção, ante a organização social então vigente, era por demais difícil (PEREIRA, 2014).

Logo, os holofotes que em outrora estavam voltados ao agente infrator do dever jurídico originário, a partir deste momento foram direcionados as vítimas e o viés ontológico da culpa, para a iniquidade do dano. Daí o surgimento da responsabilidade civil objetiva, alicerçada na teoria do risco, onde a culpa é elemento prescindível ante o viés negativo do dano.

Na compreensão de Cavalieri Filho (2007, p. 127-128):

Não foi rápida e nem fácil, entretanto, essa passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva. Primeiramente, os tribunais começaram a admitir uma maior facilidade na prova da culpa, extraindo-a, por vezes, das próprias circunstâncias em que se dava o acidente e dos antecedentes pessoais dos participantes. Evoluiu-se, depois, para a admissão da culpa presumida, na qual, como visto, há a inversão do ônus da prova. Sem se abandonar a teoria da culpa, consegue-se, por via de uma presunção, um efeito próximo ao da teoria objetiva. O causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado, cabendo-lhe elidir essa presunção, isto é, provar que não teve culpa, o que, sem dúvida, favorece sobremaneira a posição da vítima. Passou-se, ainda, pela fase em que se ampliou o número de casos de responsabilização contratual, até que, finalmente, chegou-se à admissão da responsabilidade sem culpa em determinados casos. Provados o dano e o nexo causal, ônus da vítima, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa.

Ainda segundo o autor:

A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 128).

O corte epistemológico é evidente e, no afã de encontrar parâmetros para a objetivação, em torno da ideia central do risco, surgiram várias subteorias ou modalidades a legitimar a responsabilidade civil objetiva, dentre as quais podem ser destacadas as teorias do risco proveito, do risco criado e a do risco integral.

Pela teoria do risco proveito, a responsabilização se daria com a aferição de um proveito econômico para o causador do dano. Logo, para esta teoria, responsável seria aquele que tirasse

proveito da atividade danosa (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2014, p. 525).

Em notas críticas, Pereira (1991) aduz que esta teoria, por via indireta, se apresenta como um resgate da teoria subjetiva, pois acarreta para a vítima o penoso encargo de provar o elemento anímico, a obtenção de vantagem econômica:

Muito embora a ideia de proveito haja influenciado de maneira marcante a teoria do risco, a eu ver é indispensável eliminá-la, porque a demonstração, por parte da vítima, de que o mal foi causado não porque o agente empreendeu uma atividade geradora do dano, porém porque desta atividade ele extraiu um proveito, é envolver, em última análise, uma influência subjetiva na conceituação da responsabilidade civil (PEREIRA, 1991, p. 287).

Essa constatação, fruto da reunião e da disposição racional dos elementos legitimadores da responsabilidade civil objetiva, aliada a necessidade de reparação dos prejuízos causados, trouxe ao sistema a teoria do risco criado.

Neste horizonte, assinala Cavalieri Filho (2007) que o que deve ser levado em conta não é o proveito econômico em si, mas a própria atividade desenvolvida, independentemente do resultado produzido.

Com base nesta modalidade, o agente que desenvolve atividade potencialmente perigosa há de ser responsabilizado pelos danos daí advindos, sendo irrelevante que tenha agido com culpa ou que a atividade por ele desenvolvida lhe traga algum proveito.

Para esta teoria, assim como para a teoria do risco proveito, o suposto causador do dano somente estaria desobrigado do dever de repará-lo, caso provasse que o mesmo tenha decorrido, na realidade, de situações excludentes do nexo de causalidade.

Nas palavras de Cavalieri Filho (2007, p. 63):

Causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. Essa impossibilidade, de acordo com a doutrina tradicional, ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

Por corolário, vê-se que a responsabilidade civil objetiva, fundamentada nas teorias do risco proveito e do risco criado, basicamente estão construídas sob a égide de três pressupostos: o dano, a ação ou omissão imputável ao réu e o nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos.

Entretanto, a dificuldade em se provar o nexo causal, em decorrência dos riscos apresentados na sociedade pós-industrial ou sociedade de riscos (BECK, 2011), é que faz do mesmo, hodiernamente, uma das matérias mais tormentosas na seara da responsabilidade civil.

Assim, neste tempo sombrio, onde as certezas são comumente substituídas pelas incertezas, onde os riscos locais e concretos são substituídos pelos riscos não dimensionais e abstratos, emerge a teoria do risco integral e, por consequência, a relativização do nexo de causalidade (não tomado em sentido absoluto).

Com efeito, a teoria do risco integral, passa a considerar a responsabilização pelo dano

mesmo na presença de uma excludente de responsabilidade. Ademais, Faria, Rosenvald e Braga Netto (2014), mencionam que todo o risco conexo à atividade passa a ser internalizado no processo produtivo.

Por ser uma modalidade extremada, aplicada apenas em casos excepcionais, a teoria do risco integral não é um tema tranquilo.

No Brasil, a título de exemplo, enquanto Cavalieri Filho (2007) sustenta que a responsabilidade civil ambiental estaria motivada na teoria do risco integral, Farias, Rosenvald e Braga Netto (2014) se posicionam em sentido contrário. Neste ponto, com a devida deferência, acredita-se que a concepção destes últimos não estaria correta.

Avalia-se que, devido à complexidade dos danos ambientais, a teoria que melhor salvaguardaria os interesses das gerações presentes e futuras, num plano de sustentabilidade, seria a teoria do risco integral.

Cumprido destacar ser este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado. 2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento (BRASIL, 2014).

Ademais, como se sabe, o artigo 225, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988).

Destaca-se, igualmente, que a Lei nº 6.938/1981, em seu artigo 14º, §1º, dispõe que “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade” (BRASIL, 1981).

Oportuno destacar, ainda, que para além da função compensatória, corretiva (reparação/ indenização), pode se dizer que essa teoria, por meio de uma via de mão dupla, dá destaque também à função preventiva. Por não depender do elemento culpa e, ainda, por desconsiderar as excludentes de responsabilidade, indiretamente, reforça a concepção de que as medidas preventivas podem evitar os elevados custos sancionatórios.

Neste sentido, ao enfrentar a função preventiva do instituto, Carvalho (2015, p. 132, grifo nosso) aduz que “esta função se encontra diretamente ligada a uma equação racionalmente atribuída no sentido de que o ônus de prevenir o dano deve ser menor do que o produto da magnitude deste e sua probabilidade”.

Sem nenhuma dúvida, a teoria do risco integral é uma teoria radical. Ao modificar os pressupostos de configuração da responsabilidade civil, excluindo ou mitigando o nexos causal, em prol de sustentabilidade, de solidariedade intergeracional, coloca em debate valores construídos há milênios.

Entretanto, uma vez mais, reitera-se, o paradigma da sociedade atual está em questões sobre como evitar ou minimizar os riscos do processo de modernização, de forma a não obstacularizá-lo nem permitir que os efeitos colaterais deste processo ultrapassem os limites do suportável.

5 PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

Aspecto de suma importância quando se fala em riscos é analisar os princípios da prevenção e da precaução, justamente por guardarem estreita relação com o tema, deve-se observar que tais princípios, por vezes são confundidos ou comparados, porém, um tem o fulcro de se antecipar ao dano, enquanto o outro de evitá-lo, senão vejamos:

Esses princípios não se confundem, embora tenham a mesma origem, uma vez que ambos são instrumentos poderosos para evitar e prevenir a ocorrência de danos ao ambiente, e a principal diferença entre eles está na incerteza científica ou no grau de avaliação dos riscos de certas atividades ou substâncias (RIOS; IRIGARAY, 2005, p. 95).

Desta feita, tem-se que o princípio da prevenção é utilizado quando o risco do dano é efetivo e real. É em suma o risco conhecido, aquele sobre o qual é possível tomar ciência de antemão.

Lado outro, o chamado princípio da precaução é aplicado para aqueles casos de riscos possíveis ou hipotéticos também chamados de abstratos e que possam levar a danos, sendo visto sob a ideia do “risco do risco”.

Nesse sentido, há que se dizer que os indicativos do risco são provenientes das estatísticas, perícias, entre outros meios aptos a detectarem a possibilidade do perigo.

Benjamin (2001, p. 71) destaca sua preleção pelo princípio da precaução face ao da prevenção, conforme se verifica abaixo:

A transição do paradigma de reparação para o da prevenção, todavia, mostrou-se

insuficiente. Necessário, então, num estágio de maior sofisticação (e efetividade), passar à atuação de precaução [...]. A precaução distingue o direito ambiental de outras disciplinas jurídicas tradicionais, que, no passado, serviram para lidar com a degradação do meio ambiente - especialmente o direito penal (responsabilidade penal) e o direito civil (responsabilidade civil) - porque estes têm como pré-requisitos fundamentais “certeza” e “previsibilidade”, exatamente dois obstáculos que a norma ambiental, com a precaução, procura afastar.

Nessa perspectiva, verifica-se que ambos os princípios acabam por se tornar um elemento importante dentro do instituto da responsabilidade civil na medida em que orientam uma atuação mais consciente no sentido de se evitar danos.

Entretanto, muito embora seja necessário agir em consonância com atitudes acautelatórias, não se pode deixar de considerar que é preciso ter em mente que na tentativa de se evitar riscos ao máximo, não se pode correr um perigo inverso que é justamente frear ou mesmo travar o desenvolvimento com excessos de cuidados que podem impedir o curso natural das atividades técnico-científicas.

Assim, o risco encontra-se inevitavelmente arraigado na sociedade, não podendo ser totalmente controlável, por se tratar de algo vindouro.

Ainda que não se queira partir para o outro extremo, não se pode esquecer, contudo, que os riscos hoje enfrentados não são os mesmos de antes haja vista o aumento de sua dimensão e a alta potencialidade lesiva os intensificam se comparado com momentos anteriores, o que demonstra a importância das medidas de precaução e prevenção nas esferas em que possam ser gerados esses riscos.

Desta feita, tomando como ponto de partida os princípios da precaução e da prevenção, pode-se dizer que a responsabilidade civil foi remodelada de modo que juntamente com a responsabilidade reparadora tem-se de igual modo a responsabilidade preventiva numa clara demonstração do avanço desse importante instituto jurídico.

Dessa forma, quanto mais proteladas as medidas de sustentabilidade, mais dispendiosas serão e maior a probabilidade de que cheguem fora do prazo hábil.

Carvalho (2015, p. 42) assevera que:

O Direito tem, portanto, uma função de fornecer estabilidade pela normatividade, tanto par evitar como para responder ao caos trazido pelo desastre, provendo expectativas (regulação) às ações de antecipação e resposta a estes. A ênfase desta estrutura normativa, deve ser eminente preventiva, mediante a imposição de estratégias estruturais (obras de engenharia civil combinados com serviços ecossistêmicos) e não estruturais (mapas de risco, planos de contingência, planos diretores, Estudos de Impacto Ambiental).

Entretanto, um fator preocupante é que muitas vezes as medidas preventivas somente são adotadas quando se mostram imediatamente convenientes economicamente em relação à remediação o que acaba levando a assumir alguns riscos que poderiam evitados.

Carvalho (2015, p. 53) acrescenta ainda que:

Sob um ponto de vista racional, o problema central enfrentado por políticas de prevenção ambiental pelo setor econômico consiste no fato de que o custo de uma dada medida preventiva (seja numa dimensão preventiva ou precaucional) deve ser menor do que os custos post factum, ou seja, de remediação. Em outras palavras, caso não seja mais vantajoso economicamente a prevenção em comparação com outros custos de remediação, mesmo com expectativas sancionadoras, haverá um estímulo a condutas de risco.

Em consonância com o disposto acima, os princípios da prevenção e da precaução têm servido como diretrizes para essa atuação visando uma sociedade mais segura e com menos incertezas na medida do possível.

Aliado a esses dois princípios já vistos, há que se destacar também, segundo Antunes (2002, p. 219) que:

O princípio do poluidor-pagador parte da constatação de que os recursos ambientais são escassos e que o seu uso na produção e no consumo acarretam-lhe redução e degradação. Ora, se o custo da redução dos recursos naturais não for considerado no sistema de preços, o mercado não será capaz de refletir a escassez. Portanto, são necessárias políticas públicas capazes de eliminar a falha de mercado, de forma a assegurar que os preços dos produtos reflitam os custos ambientais.

Tal previsão implica dizer que o poluidor deve arcar com os custos ambientais, ou seja, quem contamina deve arcar com os custos da descontaminação.

Mais relevante que toda essa análise, contudo, é perceber que mais que um instrumento de reparação, a responsabilidade civil é um meio de se fazer justiça social, conforme assevera Carvalho (2015, p. 182):

Em última instância, a matéria jurídica referente à compensação às vítimas e ao meio ambiente atingidos por desastres envolve sempre uma ponderação profunda sobre sua origem no infortúnio ou na injustiça. Infortúnios são eventos que, por seu caráter aleatório e imprevisível, são traduzidos em semântica jurídica como força maior (fenômeno externo à atividade dotado de imprevisibilidade e irresistibilidade). Por evidente, estes eventos não tem o condão de gerar responsabilização. Diferentemente, a injustiça, aqui descrita sem maiores digressões filosóficas, tem seu lugar nos “caos em que as vulnerabilidades sociais que aumentam os riscos para algumas populações estão enraizadas em conhecidas desigualdades e, assim, resultam em danos em momentos de desastres de forma previsível. O pêndulo entre a responsabilidade por injustiça e a ausência de motivação para imputação irá decorrer de uma constante análise entre o que é uma falha responsabilizável ou punível e uma omissão razoável.

Dessa forma, percebe-se que juntamente com o evento danoso, há acima de tudo o desafio do Direito em abrandar o sofrimento humano em curto prazo e instituir um tipo de mudança social que prevenirá ou, ao menos, mitigará as consequências danosas futuras.

CONCLUSÃO

Tal como ocorrera logo antes do surgimento da responsabilidade civil objetiva, bem como à época da passagem da teoria do risco proveito para a teoria do risco criado, a demandar, pois, adaptação e transformação de institutos jurídicos, o momento atual é de reflexão.

Não se pode negar que os novos acontecimentos sociais, frutos de uma sociedade extremamente dinâmica, complexa e globalizada, constantemente, confrontam o Direito e testam a sua resiliência.

Institutos em outrora já remodelados, agora, nos arrabaldes da sociedade pós-industrial, tida por Beck (2011) por reflexiva, novamente, passam por uma ressignificação.

Neste diapasão, em prol da sustentabilidade e da reparação do equilíbrio desfeito por ocasião do dano, percebe-se que a responsabilidade civil acompanhou, com base na doutrina do risco, a expansão, o alargamento e a concretização dos efeitos colaterais provenientes do processo de modernização, os quais, desde a Revolução Industrial, intensificaram-se.

Neste complexo processo, rodeado por incertezas, onde os riscos locais, temporais e concretos são substituídos por riscos não dimensionais, atemporais e abstratos, a teoria do risco integral, desenvolvida para os casos em que a atividade pode levar ao extermínio da vida, passou a considerar uma relativização do nexos causal e as excludentes de responsabilidade deixaram de integrar os parâmetros de objetivação, ou seja, para esta teoria, a responsabilização existirá mesmo na presença de uma excludente de responsabilidade.

A par disso, tem-se por ilação, à luz do paradigma da sociedade de risco, que a velha lógica predominante na sociedade industrial, onde a produção de riquezas dominava a produção de riscos, não encontra guarida na sociedade pós-industrial e que o principal desafio, neste momento, está em questões sobre como evitar ou minimizar os riscos do processo de modernização, de forma a não obstacularizá-lo nem permitir que os efeitos colaterais deste processo ultrapassem os limites do suportável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da “summa divisio”** direito público e direito privado por uma nova “summa divisio” constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. Tradução Sebastião

Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Objetivos do direito ambiental. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 5., 2001, São Paulo. **Anais** [...]. São Paulo: IMESP, 2001. p. 57-78.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art188>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 13 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.374.284 - MG (2012/0108265-7)**. Responsabilidade civil por dano ambiental. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-c do cpc. Danos decorrentes do rompimento de barragem. Acidente ambiental ocorrido, em janeiro de 2007, nos municípios de Mirai e Muriaé, Estado de Minas Gerais. Teoria do risco integral. Nexo de causalidade. Recorrente: Mineração Rio Pomba Cataguases LTDA. Recorrido: Emilia Mary Melato Gomes. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 27 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/137672283/recurso-especial-n-1374284-mg-do-stj>>. Acesso em: 13 maio 2017.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DE MASI, Domenico. **A sociedade pós industrial**. 4. ed. Tradução Anna Maria Capovilla *et al.* São Paulo: Senac, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 3.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. **Resiliência jurídica**: para pensar a inovação do Direito a partir de uma perspectiva sistêmica. 2014. 288 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/4141/LuisFlores.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 maio 2017.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

MICHAELIS. Resiliência. *In*: MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2017. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=resili%C3%Aancia>>. Acesso em: 12 maio 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueneu (Org.). **O direito e o desenvolvimento sustentável**: curso de direito ambiental. São Paulo: Peirópolis, 2005.

Como citar: SANTOS, Renato Augusto dos; BRASIL, Deilton Ribeiro. Responsabilidade civil ambiental: reflexões sobre sustentabilidade, compensação e prevenção. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 111-129, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 111. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 29/10/2017

Aprovado em: 07/11/2018

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL BRASILEIRA E OS DESAFIOS PARA PROSEGUIR NA SUA IMPLEMENTAÇÃO

BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION AND THE CHALLENGES
TO PURSUE IN ITS IMPLEMENTATION

Lara Caxico Martins Miranda*
Marlene Kempfer**

Como citar: MIRANDA, Lara Caxico Martins; KEMPFER, Marlene. Administração pública gerencial brasileira e os desafios para prosseguir na sua implementação. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 130-152, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p. 130. ISSN: 1980-511X

* Mestre em Direito Negocial pelo Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Complexo de ensino Damásio de Jesus e em Direito Constitucional pelo LFG. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.
E-mail: laracaxico@hotmail.com

** Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1995). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1981).
E-mail: mkempferb@gmail.com

Resumo: A administração pública gerencial, cujo marco legal no Estado brasileiro foi a Emenda Constitucional n. 19/98, abriu espaços para se discutir as necessidades de se implantar no âmbito público um novo modo de gestão, com descentralização das atividades prestadas pelo Estado, instituição de controles posteriores ao ato administrativo, análise de mérito nas atividades dos servidores públicos e, dentre outros, inclusão de mecanismos privados de solução de conflitos nas demandas derivadas da execução de contratos administrativos. Apesar dos objetivos da reforma, relacionados com a promoção da eficiência pública, terem sido estabelecidos com o seu início no Estado brasileiro, ainda são inúmeros os desafios que precisam ser vencidos para se prosseguir na implementação do gerencialismo. Verificar-se-á, a partir do método dedutivo-crítico, os desafios que precisam ser enfrentados pelo Estado brasileiro para que se concretize a administração pública gerencial bem como os caminhos para se vencê-los. A pesquisa em apreço é derivada da dissertação de mestrado apresentada para obtenção do título de mestre no programa de mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

Palavras-chave: Administração pública gerencial. Desafios. Eficiência.

Abstract: The public administration in Brazil, which legal framework is formed by the constitutional amendment n. 19/98, opened spaces discussing the need to establish a new managerial

mode in the public sector, specifically with the decentralization of State activities. Additionally, it currently controls administrative actions, analyzes civil servant activity and, among others, prioritizes alternative dispute resolution mechanisms for problems derived from the execution of administrative contracts. Although the reform promoted State efficiency beginning with the Brazilian State, there are still many challenges that need overcoming as a means to continue the implementation of efficient managerialism. Furthermore, this paper verifies, from the deductive-critical method, the challenges that the Brazilian State faces so that the public administration may triumphantly overcome them. Finally, this research is derived from a master's thesis submitted to the Master's program in Negotiation Law of the State University of Londrina.

Key words: Management of the Public Administration. Challenges. Efficiency.

INTRODUÇÃO

Em virtude das deficiências na prestação de serviços por parte do Estado brasileiro e os graves problemas de governança e governabilidade, a necessidade de se implementar programas voltados para a eficiência e responsabilização dos serviços públicos ganhou proporção nacional no Estado brasileiro. A teoria, conhecida administração pública gerencial, tem o fim de reestabelecer a relação da sociedade com o Estado e trazer para a administração pública técnicas utilizadas no setor privado, com os devidos ajustes, para conferir a essa produtividade e especialização.

Para a análise da reforma gerencial no Brasil, faz-se necessário, todavia, verificar os modelos de administração pública que a precederam e deram motivos para sua implantação. Inicialmente, discute-se as teorias que fundamentaram o gerencialismo, como o pensamento de Karl Emil Maximilian Weber (1864-1920), presente na teoria da burocracia, os estudos de William Franklin Willoughby (1867–1960), constantes na teoria do departamento, e as discussões neoliberais, verificadas na pesquisa de Friedrich August Von Hayek (1899-1992). Os estudos apontam o desenvolvimento da concepção de uma administração baseada em critérios de racionalidade, responsabilização e eficiência.

Posteriormente, aplicando os conhecimentos no cenário brasileiro, destaca-se a qualificação patrimonialista da administração pública brasileira que, apesar de datar de épocas remotas, permaneceu nas entrelinhas do dia a dia do serviço público. Dentre as suas características o estudo destaca a impermeabilidade entre o patrimônio público e o patrimônio do governante, predominância de práticas paternalistas e patriarcalistas, poder passado de forma hereditária, cargos públicos concedidos por critérios de favoritismo e remunerados com prebendas.

Dispõe-se posteriormente sobre a administração burocrática, embasada na teoria de Weber (1929), que teve o intuito de substituir a administração patrimonial por meio do afastamento de práticas nepotistas e instaurar rígidos controles a priori de procedimentos. A administração pública burocrática teve como intuito combater a corrupção vivenciada sob a égide do patrimonialismo. A principal característica da burocracia relacionou-se com a efetividade no controle de abusos. Para tanto, teve suas ações baseadas na lei, promoveu a divisão e a hierarquização dos trabalhos dos servidores públicos, implementou regras e regulamentos e passou a privilegiar o profissionalismo.

A gestão racional, por sua vez, não foi capaz de atender às necessidades do Estado em razão das práticas sociais promovidas. Nessa ótica, a pesquisa apresenta as disfunções da burocracia: excesso de formalismo, resistência às mudanças sociais, despersonalização do relacionamento entre o servidor e o cidadão e a conformidade às rotinas e procedimentos. Com a expansão do Estado brasileiro intervencionista e caótico no que dizia respeito à administração pública, o estudo apresenta as primeiras necessidades de se implementar uma administração pública gerencial, fundamentada nos preceitos ingleses.

A pesquisa aponta a primeira menção legislativa de reforma gerencial o Decreto Lei n. 200/67 (BRASIL, 1967), cujo objetivo principal foi criar entidades administrativas capazes de descentralizar a prestação de serviços públicos. Perpassando por diversos programas

governamentais e alterações institucionais, o estudo destaca a Emenda Constitucional n. 19 de 1998 como o marco legislativo da reforma gerencial brasileira. A partir dos estudos do ministro da reforma, Luiz Carlos Bresser Pereira, o tópico apontará não apenas as características dessa nova forma de se administrar a máquina pública, mas também, e principalmente, os desafios que ainda precisam ser enfrentados para sua concretização.

1 FUNDAMENTOS DA REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL

Os princípios que fundamentaram a teoria da administração pública gerencial reportam-se aos estudos iniciados no século XIX, vez que já nesse momento disfunções administrativas podiam ser verificadas nos contextos governamentais. Muitos dos fundamentos gerenciais, inclusive, podem ser encontrados na própria burocracia, modelo administrativo precedente, vez que a adesão a uma atuação gerencial não representou a superação do modelo burocrático.

A partir dessa compreensão é que o estudo destaca inicialmente a teoria da burocracia, de Karl Emil Maximilian Weber (1864-1920), jurista, economista e sociólogo alemão. O autor, na obra “*Essays in Sociology*” (WEBER, 1982), organizada e publicada *post mortem* por sua esposa Marianne Weber, tratou das características e princípios da burocracia, teoria administrativa que viria a fundamentar o posicionamento neoliberal que embasou a reforma administrativa gerencial do Estado.

Uma das características gerenciais verificada já na teoria burocrática é a divisão de tarefas nas chamadas repartições. Segundo Weber (1982, p. 230-231) haveria a necessidade de que a administração pública atuasse com a mesma descentralização de atividades encontrada na iniciativa privada. O conjunto formado pelos funcionários públicos, documentos e expedientes se constituía em uma repartição. Essa seria responsável pela realização de determinada atividade, que deveria estar sob o comando e controle do seu superior hierárquico.

A divisão de tarefas em repartições se relaciona com a prestação mais eficiente dos serviços públicos, tendo em vista que, uma vez divididos, os servidores têm a possibilidade de se especializar na atividade realizada e prestá-la com maior êxito. Essa especialidade também se constitui em característica da iniciativa privada que deveria, segundo Weber, ser importada para a administração pública. Para o autor, o treinamento especializado e completo dos seus servidores, da mesma forma como o do “diretor moderno e o empregado das empresas privadas” deveria ser aplicado “com o funcionário do Estado” (WEBER, 1982, p. 231).

No que diz respeito ao crescimento institucional do funcionário público, verifica-se na teoria de Weber (1982, p. 237) as primeiras menções sobre desenvolvimento de carreira, com promoção de cargos e salários. Segundo o estudioso, é imprescindível que o servidor público inicie em cargos ditos inferiores e possa, ao longo do tempo, galgar posições chamadas elevadas. Essa promoção deveria se dar não apenas em virtude da antiguidade no cargo, mas também em razão das qualificações gerais, pessoais e intelectuais, a serem aferidas no exame de habilitações. Esse último se constitui na essência da atual promoção por merecimento, estabelecida com a reforma

gerencial.

Nota-se que a teoria da burocracia de Weber (1924), ainda que desenvolvida efetivamente em vistas da necessidade de uma administração com maiores níveis de controle e de rigidez que a administração patrimonialista, já firmou diretrizes para a subsequente administração gerencial. Isso se deu em razão da introdução dos princípios já mencionados da descentralização, especialização e merecimento.

Além dos estudos da burocracia realizados por Weber (1924), os estudos de William Franklin Willoughby (1867–1960), economista americano, serviram de fundamento para a fixação da teoria administrativa clássica que regeu o poder executivo norte americano. O seu principal ideário era fundamentado na necessidade da fixação de princípios universais direcionados para a regência da atuação no âmbito público. Dentre as suas obras de maior destaque está “Principles of public administration” publicada em 1927 (WILLOUGHBY, 1927). Nesses estudos se enaltece que a administração pública deve ser pautada na eficiência administrativa, tendo em vista ser essa a finalidade precípua da administração pública.

Wahrlich (1983, p. 281-282), administradora brasileira e teórica da reforma desenvolvimentista brasileira dos anos 60 e 70, explica na sua obra “A Reforma Administrativa da Era de Vargas” que para Willoughby há nítida separação entre política e administração. A primeira se compreende no âmbito de decisões discricionárias de uma determinada autoridade que não necessita atender propriamente a um fim determinado. A administração, por sua vez, se relaciona ao ato de gerir e coordenar, que sempre deve estar vinculado à eficiência operacional. Segundo o autor, a função do Poder Executivo é administrar e para que o faça com eficiência seria necessário um “departamento de administração geral” para apoiá-lo diretamente.

Ao “departamento de administração geral” caberia funções normativas, de organização e controle e não operacionais. Suas atividades seriam primárias, com um fim em si mesmas, e essenciais para o bom desempenho das funções da administração pública porque relacionadas diretamente à função de administrar e coordenar. Outras unidades administrativas atuariam diretamente com o fornecimento de serviços e atendimento de demandas sociais, mas estariam sempre vinculadas ao controle geral exercido pelo departamento (WILLOUGHBY, 1927, p. 104-110).

As atividades concernentes ao poder central seriam apenas aquelas relativas aos fins do Estado, tal qual “defesa nacional, economia e finanças e relações exteriores”. As atividades gerais, por sua vez, se relacionariam à organização e distribuição de pessoal e material, desenvolvimento das melhores técnicas para executar o serviço público e propriamente a movimentação das atividades públicas. “Assim, embora não constituam elas finalidade precípua do Estado, são importantíssimas, porque de seu desempenho, racional e eficiente, todas as demais dependem” (WAHRLICH, 1983, p. 281-282).

Vê-se nos estudos contornos de uma administração gerencial, já que Willoughby estabelece que toda performance administrativa deve necessariamente lograr a atuação eficiente. Morosidade, processos ineficientes e controles burocráticos não seriam condizentes com a gestão

pública, já que essa requer o atendimento com qualidade dos administrados. Há aqui indícios de uma nova visão a respeito da administração pública: mantêm-se e amplia-se as afirmações sobre especialidade para eficiência, já mencionadas por Weber (1924), mas afasta-se a concepção positiva dos controles burocráticos.

A teoria do “departamento da administração geral” também indica a mudança da perspectiva das atividades realizadas pela administração pública. No Estado social, essas eram realizadas diretamente pelo Estado, independentemente do seu conteúdo material. A teoria em comento propõe a descentralização para que outras entidades administrativas colaborem para a movimentação da máquina governamental. Caberia ao poder central apenas controlar e gerir os serviços que seriam prestados por outras pessoas jurídicas, sejam elas da própria administração ou da iniciativa privada. Há aqui as premissas do modelo básico de reforma da gestão pública, estudo apontado posteriormente nessa pesquisa, desenvolvido por Bresser Pereira (2009), estudioso e participante da reforma administrativa gerencial brasileira.

Além dos estudos de Weber e de Willoughby, teorias neoliberais também contribuíram para a concepção gerencial da administração pública. A pesquisa destaca dentre os teóricos do neoliberalismo Friedrich August Von Hayek (1899-1992), e os seus estudos materializados na obra “O caminho da servidão” (HAYEK, 1977), publicada em 1944, e Milton Friedman (1912-2006), economista norte americano.

Friedrich August Von Hayek concentrou seus estudos na planificação da economia e, entre outros relevantes aspectos, tratou sobre o papel do Estado diante do domínio econômico. Defendeu a livre atuação do mercado, com o mínimo de intervenção estatal. Para o estudioso, o controle do Estado sobre a economia se compararia a um totalitarismo, pois restringiria a liberdade econômica, indispensável para fomentar a livre iniciativa e a concorrência. Apenas a submissão às forças impessoais do mercado é que possibilitaria o progresso de uma civilização e seu desenvolvimento (HAYEK, 1977, p. 191).

Em seus estudos sobre a obra de Friedrich August Von Hayek, Butler (1987, p. 116-118), economista britânico, expôs que o papel do governo não seria de criar uma determinada ordem social ou organizar uma sociedade, tendo em vista que estas seriam unidades complexas e impossíveis de serem controladas. Defendeu que os serviços prestados pelo Estado deveriam ser apenas aqueles que exigissem tributação, enquanto que os demais deveriam ser prestados pelo mercado de forma fluida. “Uma economia ampla, diz Hayek, só pode permanecer próspera se puder contar com forças competitivas para coordenar os esforços individuais e para orientar recursos, destinando-os ao que for mais necessário” (BUTLER, 1987, p. 118).

Os neoliberais compreendem que a liberdade individual deve movimentar a economia, enquanto que o Estado deve apenas regular o capital.

Friedman, especialmente em “Capitalismo e liberdade”, focaliza o capitalismo competitivo – organizado através de empresas privadas, em regime de livre mercado – como um sistema que exercita a liberdade econômica. Atribui ao Estado o papel de promotor de condições positivas à competitividade individual

e aos contratos privados [...] (HOFLING, 2001, p. 37)

Friedrich August Von Hayek e Milton Friedman defendiam que os pilares do neoliberalismo se encontravam nas noções de liberdade e de mercado. A liberdade seria a necessidade fundante do indivíduo e o mercado o espaço em que a autonomia privada se manifestaria. Caso o Estado optasse por interferir nesta relação, instauraria seu desequilíbrio. Por essa razão, proeminentes críticas foram feitas à forte intervenção do Estado no domínio econômico e à burocracia estatal de Max Weber. Pôs-se em discussão qual seria o efetivo papel deste nas relações econômicas e sociais.

A teoria neoliberal retomou a concepção de um liberalismo econômico, em que a concorrência, iniciativa privada e liberdade de atuação deveriam se dar com a mínima intervenção do Estado na economia. O Estado social anterior teria reduzido a autonomia privada, essencial para a prosperidade social. O Estado neoliberal, por outro lado, compreendia que a desigualdade poderia sim ser positiva, vez que estimulava o progresso do mercado.

Com relação às políticas sociais estatais, para os neoliberais essas seriam verdadeiros entraves ao desenvolvimento, vez que não teriam o condão de regular desequilíbrios sociais. Os Estados que optam por intervir sozinhos no mercado com políticas em tese equalizadoras, em verdade, promovem a instabilidade, pois não são os agentes capazes de reestabelecer o equilíbrio. Cabe ao próprio mercado, por meio da livre iniciativa e concorrência, harmonizar as relações sociais (HOFLING, 2001, p. 37).

Nesse sentido, não seria de responsabilidade única do Estado a garantia de direitos sociais tais quais educação, lazer, saúde, trabalho e moradia. Os indivíduos e a performance do mercado já garantiriam esses direitos por meio da oferta e da procura, disponibilidade de mão de obra e mesmo existência ou não de insumos. Quando os Estados os garantem de modo individual impõem à sociedade determinado produto que muitas vezes não é o de melhor qualidade nem o que seria escolhido em uma situação de liberdade.

Nestes termos, coerentes com a defesa e referência essencial aos princípios da liberdade de escolha individual e do livre mercado, os neoliberais postulam [...] ações do Estado descentralizadas, articuladas com a iniciativa privada, a fim de preservar a possibilidade de cada um se colocar, de acordo com seus próprios méritos e possibilidades, em seu lugar adequado na estrutura social (HOFLING, 2001, p. 38).

As orientações neoliberais indicam a necessidade de participação conjunta na promoção de direitos sociais, o que inclui atuação descentralizada do Estado, envolvimento da sociedade civil e cooperação da iniciativa privada. Execuções conexas de políticas sociais levam ao alcance de resultados mais satisfatórios sem excluir a liberdade individual. Nesse viés, caberia ao Estado atuar na construção de direitos sociais, enquanto que ao mercado e à sociedade oferecer serviços sociais.

Os Estados, durante a crise político-econômica vivenciada no período da Guerra Fria (1945-1991) aderem às políticas neoliberais para redefinir o papel do Estado e dar nova orientação

para o seu desenvolvimento. Os Estados que continuassem atuando na prestação de determinados direitos de maneira exclusiva gerariam riscos de inefetividade. Sob tais argumentos, o modelo neoliberal foi primeiramente aplicado na Europa central, especificamente na Inglaterra, no governo de Margaret Thatcher (1979-1990) e posteriormente na Alemanha, com o chanceler Helmut Kohl (1982-1998) (ANDERSON, 2005, p. 12).

O neoliberalismo ganha força ainda diante do processo de globalização surgido na mesma época. Com a dispersão geográfica da produção, instituições e padrões culturais, um mercado livre de intervenções nacionais se tornou fundamental (VICENTE, 2009, p. 127). A expansão das empresas transnacionais, o avanço das tecnologias e sistemas financeiros, fez com que “as empresas, corporações e conglomerados transnacionais adquiriram preeminência sobre as economias nacionais” (IANNI, 2001, p. 56).

A partir do processo globalizante e das novas premissas neoliberais, os Estados sociais que até então mantinham a exclusividade da prestação de serviços públicos se viram ineficientes no desenvolvimento econômico interno e no atendimento dos seus cidadãos. Havia a necessidade de diminuir o escopo de atuação direta do Estado, permitindo a real participação da iniciativa privada no mercado.

Para essa reestruturação e como pressuposto para o exercício de uma nova administração pública, seria necessário definir quais seriam os âmbitos de atuação em que a presença do Estado seria necessária e imprescindível. À parte, serviços não exclusivos do Estado poderiam ser prestados por organizações sociais, com apoio público. São os passos para o processo da publicização. Por fim, atividades que poderiam ser prestadas de maneira mais eficaz pela iniciativa privada e que não envolvessem os segmentos mencionados, deveriam ser para essa repassada (PACHECO, 1999, p. 232-233).

Sugere-se então, a partir de ideários neoliberais, um novo modo de movimentar a máquina pública, deixando para trás os aspectos ineficientes da administração burocrática, como os controles morosos, e admitindo-se a necessidade de uma administração gerencial. Essa pretende promover a eficiência no atendimento dos cidadãos-consumidores, responsabilizar servidores públicos pela má atuação, fomentar a participação popular e tutelar a intervenção do Estado apenas naquilo em que seja imprescindível.

Os ideários de Karl Emil Maximilian Weber (1864-1920), de William Franklin Willoughby (1867-1960) e a teoria neoliberal destacada nos estudos de Friedrich August Von Hayek (1899-1992), formaram substrato para os pensamentos gerenciais surgidos com a crise da administração burocrática. Fazia-se imprescindível que o mercado voltasse a se regular e que o Estado se atentasse à prestação eficiente dos serviços que ainda continuassem sob a sua titularidade. A partir de tais premissas as necessidades de reformar despontaram em diversos países, dentre os quais o Brasil, Estado que passou a enfrentar custosos desafios para deixar de uma vez por todas características patrimonialistas e implantar novos mecanismos diferentes daqueles estabelecidos pela administração burocrática.

2 REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL NO BRASIL

A característica patrimonialista da administração pública brasileira remete o estudo aos primórdios da colonização. Com a vinda do império português para o Brasil, esse trouxe consigo fortes práticas mercantis, liberais e monárquicas, que permitiram a permanência da dinastia e a sobreposição do poder político português sobre a ainda fraca sociedade local. O Estado brasileiro nasce patrimonialista e permanece dessa forma mesmo após o advento do capitalismo.

O modo de movimentar a máquina pública, nesse período, se assemelha àquele praticado durante o período dos Estados absolutos. Entre o patrimônio do monarca e do Estado havia uma linha tênue, que em muitas ocasiões era até mesmo rompida, de modo a permitir que aquele se apropriasse do que era público. As condutas governamentais eram destinadas ao atendimento do interesse do governante, bem como daqueles que se situavam ao seu entrono, demonstrando claramente práticas de corrupção e nepotismo (CAMPELO, 2010, p. 299).

A seleção dos servidores públicos se baseava em suas características pessoais e não profissionais. Esses não eram dotados de experiência nas atividades que desempenhavam e nem possuíam conhecimento técnico ou especializado. A escolha, realizada por livre decisão do monarca, não atendia qualquer critério de interesse público (HELAL, 2009, p. 26). Tais características permaneceram até mesmo com a instauração da República no país (1889), que adveio, no final do século XIX, do golpe militar promovido por Marechal Manuel Deodoro da Fonseca (1827-1892) em face da monarquia de Dom Pedro II (1825-1891). Nasce o Estado liberal no Brasil, com demarcação de poderes, descentralização das atividades para estados e municípios e possibilidade do povo eleger seus próprios representantes. Apesar disso, o caráter eminentemente patrimonial continuou a existir em meio à administração pública, tendo em vista a permanência da proteção estatal em relação aos grandes latifundiários.

O período, denominado pelos historiadores de República Velha (1889-1930), transferiu o centro do poder estatal para São Paulo, mas não alterou significativamente suas estruturas socioeconômicas. Não obstante em outros Estados já haver iniciado algumas práticas racionais, voltadas para a administração burocrática, mantiveram-se no Brasil as características administrativas oligárquicas, com práticas de clientelismo e sob o fundamento de uma economia eminentemente agrícola exportadora (BRESSER PEREIRA, 2001, p. 222).

A passagem da administração patrimonial para a burocrática se deu porque a primeira mostrou-se incompatível com o capitalismo industrial e com os regimes políticos liberais que surgiram no século XX. As atividades empresariais só se mantêm em Estados que garantem a legalidade e o direito à propriedade e aos contratos. Os “empresários só investem se puderem contar com mercados regulamentados e um ambiente político previsível, de forma a que seus lucros dependem principalmente das vantagens competitivas que obtiverem” (BRESSER PEREIRA, 2009, p. 206-207).

O fim o período da República Velha se deu com o golpe de Estado realizado pelo advogado e político Getúlio Dornelles Vargas (1882-1954), consolidado, posteriormente, pela Constituição

de 1934. O documento político, que tinha o propósito de afastar as oligarquias dominantes, instituiu o voto secreto e universal, abrindo espaço para que o povo iniciasse a sua participação na esfera pública.

Nesse momento, o país vivenciou a primeira reforma administrativa reconhecida pela doutrina. O governo de Vargas propunha substituir o modelo de importações para promover a industrialização do país. O ideário Estatal de participar diretamente das indústrias produtoras de matérias primas - indústrias de base -, como siderurgia, metalurgia e petroquímica, visava promover o desenvolvimento nacional e a modernização do país (AZEVEDO, 1999, p. 115).

Segundo Bresser Pereira (2009, p. 205-206) a reforma em apreço, denominada burocrática, teve como principais objetivos “transformar os burocratas profissionais em administradores públicos” e “combater o patrimonialismo, o clientelismo, a troca de favores”. A característica, até então, patrimonialista da administração pública era incompatível com o modelo de mercado capitalista e com os novos mecanismos democráticos que estavam surgindo. No que se refere à mudança da máquina, é certo que essa ainda não estava associada a uma teoria administrativa e nem contava com planos de ação institucionalmente consolidados. Apesar disso, as novas perspectivas de inserção de metas para órgãos públicos e responsabilização de servidores já despontavam em meio à burocracia estatal.

A maioria das mudanças observadas se associaram à reorganização da estrutura de órgãos estatais e à intenção de melhora nos serviços de caráter social. Segundo Wahrlich (1984, p. 49) “dois novos ministérios foram criados nessa época: um para Trabalho, Indústria e Comércio, outro para Educação e Saúde Pública. O Ministério da Agricultura foi reestruturado, assim como outros departamentos de natureza substantiva”. Apesar disso, apenas em 1936 os primeiros planos administrativos, baseados nas teorias de William Franklin Willoughby (1867 – 1960), Jules Henri Fayol (1841 - 1925), Luther Halsey Gulick (1892 – 1993) e Frederick Taylor (1856 - 1915), começaram a ser desenvolvidos.

O primeiro plano (1936) introduziu o sistema de promoção por mérito para os cargos públicos e fundamentou a criação, em 1938, do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) (WAHRLICH, 1984, p. 49). O órgão, criado pelo Decreto-lei n. 579/38 (BRASIL, 1938) e desenvolvido para auxiliar na execução do plano de méritos, forneceu elementos para a promoção da eficiência no serviço público e para melhoria do controle do Estado sobre seus servidores.

Conforme se observa no artigo 2º do Decreto-lei mencionado, o DASP pretendia, por meio da eficiência e economicidade, reorganizar o serviço público, no que se referia à estrutura e orçamento, para promover melhores relações de trabalho para os servidores e melhores atendimentos ao público¹. Já nessa fase pioneira, a reforma propunha promover a eficiência para a máquina estatal e atender ao cidadão-consumidor com mais qualidade e presteza.

O primeiro plano de reforma desenvolveu-se até 1945, mas com o ingresso dos governos

1 Decreto-Lei n. 579 de 30 de julho de 1938. Artigo 2º Compete ao D. A. S. P.: a) o estado pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamentos, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público (BRASIL, 1938).

de José Linhares (1945-1946) e Eurico Gaspar Dutra (1946-1951) os avanços na seara reformista não receberam o devido respaldo. Ainda assim, diversos resultados foram assinalados, como a “melhoria da qualidade dos funcionários públicos”, que passaram a ser avaliados por seu superior imediato e terem suas promoções fundamentadas em mérito (WAHRLICH, 1984, p. 50).

Wahrlich (1984, p. 51) ressalta que as preliminares da reforma auxiliaram ainda no despertar do “interesse pelo estudo das ciências administrativas, até então consideradas no Brasil como setor de conhecimento contido no direito administrativo”. Houve uma propulsão do estudo interdisciplinar referente à máquina pública. A partir de então, a economia, ciências contábeis, administração, direito e outras ciências sociológicas voltaram seus olhares para o melhor desenvolvimento administrativo do Estado.

Após o retorno de Getúlio Vargas à presidência, em 1951, foram realizadas diversas tentativas para resgatar o fito reformista inicial e avançar nos planos anteriormente instaurados. Conquanto, o período de 1951 a 1963 ateve-se essencialmente ao desenvolvimento de estudos referentes à reorganização e descentralização das atividades do Estado (WAHRLICH, 1984, p. 51). Em 1956, por exemplo, o presidente Juscelino Kubitschek de Oliveira (1902-1976), por meio do Decreto n. 39.855/56 (BRASIL, 1956), criou a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos (CEPA), cujo objetivo, dentre outros, era de reexaminar os projetos de reforma administrativa, coletar dados e informações que pudessem auxiliar na identificação de problemas de cunho estrutural dos órgãos e propor medidas para o afastamento de práticas obsoletas da administração federal².

Em 1963, no governo de Paschoal Ranieri Mazzilli (1910-1975), importantes projetos que dariam substrato para a publicação do Decreto-Lei n. 200/67 (BRASIL, 1967) foram lançados. Esses objetivavam reorganizar as atividades do governo, principalmente na seara administrativa do Distrito Federal, expandir o modelo de promoção por mérito e metodizar o uso de materiais no serviço público (WAHRLICH, 1984, p. 51).

Nessa nova fase da reforma, um inédito desígnio serviu de fundamento: a eficiência administrativa. O início da ruptura do modelo burocrático foi verificado com a instauração do regime militar brasileiro em 1964, que “ampliou e possibilitou maior eficiência da chamada Administração Indireta (Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e de Economia Mista)” (AZEVEDO, 1999, p. 115). A reforma burocrática não alcançou o sucesso pretendido porque, dentre outros aspectos, buscou mais mudanças normativas e institucionais do que a implantação de mecanismos que garantissem a mudança nos organogramas da máquina pública. Ademais, o problema da governança continuava presente. Em virtude da ausência de uma direção política

2 Decreto n. 39.855 de 24 de agosto de 1956. Artigo 2º A CEPA terá as seguintes atribuições: a) coletar dados, informações e promover a realização de análises especiais destinadas a identificar os problemas de urgência no que tange à melhoria da estrutura e funcionamento dos órgãos integrantes do Poder Executivo Federal; b) estudar e propor medidas imediatas que assegurem melhor coordenação das atividades administrativas e um controle efetivo das diretrizes fixadas pelo Presidente da República; c) sugerir medidas para a eliminação de práticas obsoletas e antieconômicas nos vários setores da administração federal; d) reexaminar os projetos de reforma administrativa, a fim de habilitar o Presidente da República a prestar mais eficientemente qualquer colaboração que a este propósito lhe seja solicitada pelo Congresso Nacional; e e) manter o Presidente da República a par do progresso de seus trabalhos e apresentar relatório final sobre os mesmos (BRASIL, 1956).

legitimamente eleita, não foi possível conseguir o apoio da população para as transformações pretendidas pelo Estado e no Estado (FERREIRA, 1999, p. 55).

A decadência do modelo burocrático fez surgir, durante o regime militar, a segunda reforma da administração pública chamada de desenvolvimentista. Essa visou essencialmente promover o desenvolvimento econômico do país resolvendo os problemas relacionados à industrialização interna, que contava apenas com a atuação direta do Estado. Seu marco legal foi a publicação do Decreto-lei n. 200/67, que abordou a criação da administração pública indireta e destacou as possibilidades da descentralização administrativa (BRESSER PEREIRA, 2009, p. 248-249).

A partir de 1979, novas prioridades ganharam espaço nos programas de reforma do Estado: “a) aumentar a eficiência, a eficácia e a sensibilidade da administração pública; b) fortalecer o sistema de livre empresa” (WAHRLICH, 1984, p. 53). Tais tendências são encontradas, por exemplo, na publicação do Decreto n. 83.740/79 (BRASIL, 1979), que instituiu o Programa Nacional de Desburocratização, que tinha como intuito melhorar o atendimento dos usuários de serviços públicos, reduzir a interferência do Governo no mercado, fortalecendo a livre iniciativa, substituir o controle prévio pelo acompanhamento dos programas realizados pelos órgãos de Estado e intensificar a aplicação das diretrizes do Decreto Lei n. 200/67 (BRASIL, 1967), que trouxe os princípios da descentralização administrativa³. Wahrlich (1984, p. 53) menciona as novas perspectivas do Programa de Desburocratização e ressalta a sua importância para o cidadão:

O programa de desburocratização difere de programas anteriores de reforma administrativa devido a sua forte orientação para o usuário do serviço público. Nesse sentido, carrega um impulso social e político que não existiu no passado, além de reclamar, da burocracia, uma mudança de comportamento (WAHRLICH, 1984, p. 53).

Posteriormente, em 1981, foi publicado, por meio do Decreto n. 86.215/81 (BRASIL, 1981), o plano de Desestatização, que tinha como objetivo transferir, transformar e desativar diversas empresas estatais que estavam sob controle e gerência do Governo Federal. Destaca-se a menção, constante no item c das disposições gerais, do “firme propósito do Governo de promover a privatização do controle de empresas estatais, nos casos em que a manutenção desse controle se tenha tornado desnecessária ou injustificável” (BRASIL, 1981).

Observa-se, já nesse período, a política de Estado firmada em diminuir o seu tamanho no que se refere à prestação de determinados serviços por execução própria. Sendo despropositada a atuação direta do Estado, caberia a ele despublicizar, entregando para outrem a prestação. Têm-se aqui os primeiros indícios do modelo básico, desenvolvido posteriormente em meio à reforma gerencial e que estipula os âmbitos de atuação prioritária do Estado.

A reforma desenvolvimentista logo foi desconstituída, em virtude da retomada da democracia e da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Apenas em 1995, com a publicação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a reforma administrativa gerencial foi efetivamente lançada no Brasil, com o objetivo de conferir mais

³ É o que se observa nos incisos do artigo 3º do Decreto n. 83.740 de 18 de julho de 1979, já revogado.

eficiência para a máquina administrativa e garantir a responsabilização de servidores públicos. Para tanto, previa-se a criação de institutos que beneficiassem funcionários produtivos e impusessem multas aqueles que dessa forma não agissem.

Apesar das políticas de descentralização da prestação de determinados serviços para estados e municípios, delegação de poderes para órgãos regionais e políticas pontuais de privatização (BRESSER PEREIRA, 2009, p. 251), não se propunha a redução do Estado. A reforma gerencial não apontou para a construção de um Estado mínimo, mas sim para a reorganização da forma de gestão da máquina pública e da intervenção do Estado sob o domínio econômico. Para tanto,

[...] reduziu-se o escopo de atuação direta do Estado, por meio de privatizações, concessões ou parcerias. Isso não significou a criação de um Estado mínimo, mas sim a redefinição do papel do Estado, reforçando suas funções indutoras e regulatórias, em detrimento do seu aspecto executor (ABRUCIO, 1999, p. 163).

Ao mesmo tempo que o Estado inicia a abertura empresarial de determinadas atividades de cunho não essencial para o mercado, ele amplia o seu poder regulador. Tal ação é possível ser constatada com a criação, nesse período, de duas importantes agências reguladoras: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em 1996, e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), em 1997 (AZEVEDO, 1999, p. 116).

Para essa reestruturação e como pressuposto para o exercício da administração gerencial, definiu-se quais seriam os âmbitos de atuação em que a presença do Estado seria necessária e imprescindível, denominando-a de “núcleo estratégico” (BRESSER PEREIRA, 2009, p. 285). À parte, precisou-se os serviços que envolveriam a prestação de serviços sociais básicos e que, em virtude da sua relevância, não poderiam ser, em todo, privatizados. Esses foram designados para as organizações sociais, por meio do processo da publicização. Por fim, atividades que poderiam ser prestadas de maneira mais eficaz pela iniciativa privada e que não envolvessem os segmentos mencionados, foram para essa conferida (PACHECO, 1999, p. 232-233).

A reforma criou ainda mecanismos de controle orçamentário e de garantia da eficiência na prestação de serviços públicos. Isso não representou, necessariamente, em todos os âmbitos, diminuições nos gastos governamentais, mas sim afeiçãoamento das técnicas de ponderação e proporcionalidade no uso e dispêndio de recursos públicos (ABRUCIO, 1999, p. 163).

O novo modelo administrativo apresentou também uma importante dimensão política, vez que aperfeiçoou instituições de atuação popular e incorporou novas práticas democráticas, atuando na universalização do exercício da cidadania. A par das características da reforma administrativa gerencial brasileira, que foram gradativamente introduzidas no âmbito público, cumpre mencionar que o gerencialismo brasileiro possuiu como marco legal a Emenda Constitucional n. 19/98, que teve objetivos de incluir o princípio da eficiência entre os princípios da administração pública, criar a figura do contrato de gestão e ampliar e alterar competências administrativas e legislativas da União. Teve ainda o fim de reestruturar o sistema de cargos públicos, fixando um teto salarial para os cargos, empregos e funções públicas e prevendo a possibilidade de perda da estabilidade

por avaliação de desempenho (MORAES, 1999, p. 16-37).

A emenda constitucional constituiu uma parte importante da reforma da gestão pública porque, além de criar as condições jurídicas e estabelecer alguns princípios básicos para a reforma, estimulou um debate nacional que acabou por modificar as concepções burocráticas brasileiras sobre a administração pública (BRESSER PEREIRA, 2009, p. 149).

Dentre as expressivas mudanças constitucionais obtidas com a Emenda Constitucional n. 19 de 1998, destaca-se a introdução da possibilidade de perda do cargo público por insuficiência de desempenho (artigo 41, §1º, III, CF) (BRASIL, 1988) e por excesso de quadro (artigo 169, §4º, CF) (BRASIL, 1988). Na primeira hipótese, após o procedimento de avaliação periódica de desempenho, caso seja constatado que o servidor não está desempenhando com presteza e eficiência suas funções, é possível, assegurada ampla defesa, a perda do cargo. Ainda, cumpre salientar que a Emenda previu o teto de remuneração para o setor público e a ampliação da “autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta mediante contrato, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho” (AZEVEDO, 1999, p. 129).

Conforme se observa no artigo 37, §3º da Constituição Federal de 1988, a Emenda n. 19 de 1998 ainda constitucionalizou a necessidade da criação de lei ordinária para disciplinar as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta. Caracteristicamente democrática, ainda que positivando uma norma de eficácia limitada, trouxe dispositivo que impõe ao legislador o dever de regulamentar a atuação do cidadão na esfera pública.

Além das mudanças mencionadas, certamente a eficiência administrativa foi um dos principais propósitos da reforma do aparelho do Estado. A administração, até então burocrática, não permitia que simples processos fluíssem com celeridade e atendessem rapidamente às necessidades coletivas. O poder-dever de administrar não poderia continuar sendo exercido apenas em vistas de se alcançar os resultados jurídicos antevistos pela lei para os atos administrativos. Havia a necessidade de que esses fossem praticados com excelência e com o objetivo de atender da melhor forma possível o cidadão.

Por tais razões, com a aprovação da Emenda Constitucional n. 19 de 1998 houve a introdução do princípio da eficiência no caput do artigo 37 da Carta Magna. É certo que a administração pública já deveria, mesmo antes da Emenda Constitucional, atuar com eficiência (MORAES, 1999, p. 27), mas a partir de então seu comportamento lento, omissivo e negligente passou a se configurar abuso das obrigações constitucionalmente estabelecidas.

O norte da eficiência administrativa foi encontrado na iniciativa privada e nos seus processos eficazes para o alcance de resultados. Apesar disso, “o contexto em que se insere a administração pública não se confunde com a administração privada donde tirou seu conceito, pois as demandas e objetivos são diversos” (BACELLAR, 2009, p. 20). Por essa razão, o princípio da eficiência, apesar de ter sido importado por meio da reforma gerencial, foi empregado em métodos subordinados ao regime jurídico público, que garantiram a fiscalização popular e a

responsabilização daqueles que desse modo não agissem.

É possível dizer que o princípio da eficiência aplicado à esfera pública compreende a existência jurídica, imposta à administração pública e àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação inidônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei, por ato ou contrato de direito público (MODESTO, 2000, p. 114). O administrador público precisa produzir não apenas o efeito previsto em lei, mas também o desejado e esperado pela sociedade. Deve garantir bons resultados por meio de uma atuação transparente, ética, imparcial, que atende indiscriminadamente à coletividade e que estimula a participação do povo na esfera pública. “Assim, o princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum” (MORAES, 1999, p. 30).

A reforma administrativa gerencial já promoveu diversos avanços na esfera de atuação pública, mas não é possível afastar que diversos desafios ainda precisam ser enfrentados para que essa consolide-se em todo o território nacional como a forma de gerir a máquina pública.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E SEUS DESAFIOS

A reforma administrativa gerencial já tem promovido, desde os seus momentos precedentes, mudanças significativas na gestão da máquina pública. Apesar disso, ainda se constituem como desafios: criar mecanismos que efetivem o controle social e promovam a democracia, internalizar na administração pública, com os devidos ajustes, técnicas privadas de gerência administrativa, melhor empregar a publicização e privatização, ampliar a atuação do Estado em prol do atendimento das necessidades públicas, conferir novas perspectivas ao conceito de eficiência pública, dar maior atenção à efetividade da atuação Estatal, conjugar governabilidade e governança e implantar amplamente mecanismos mais céleres de resolução de conflitos no âmbito da administração pública e dos contratos administrativos.

Com relação ao controle social, Albuquerque (1995, p. 147) afirma que o princípio basilar da reforma administrativa do Estado é a “sociedade politicamente organizada”, vez que essa compreende a sua própria essência. Nesse viés, ainda cabe ao Estado brasileiro, por meio da continuidade da reforma administrativa, criar mecanismos que fomentem uma participação social e política efetiva da população nos rumos do Estado. Com essa vivência social é possível assegurar a permanente aderência dos interesses coletivos em políticas públicas por meio do controle social.

Ainda se constitui em desafio da reforma administrativa nesse âmbito garantir a real representatividade social por meio de um legítimo processo político eleitoral, desenvolver mecanismos de influência nas decisões da administração e aperfeiçoar os meios de controle dos negócios públicos. O Estado, como parte da nação e por ela constituído, deve ter suas ações voltadas para o atendimento dos interesses dessa, ainda que em algumas situações precise subordinar interesses particulares.

O fomento da participação popular se relaciona intimamente com a criação de

mecanismos que promovam a democracia. Nesse sentido, constituiu-se como desafio da reforma ampliar a participação do cidadão-cliente na avaliação e na co-gestão de serviços públicos. Faz-se imprescindível não apenas criar, mas também consolidar instituições que garantam a atuação do povo na esfera pública e um favorável cenário de governabilidade (ABRUCIO, 1999, p. 164-165).

Esse processo de construção democrática é parte fundamental da reforma do Estado brasileiro, seja porque é preciso tornar mais transparente a administração pública e aumentar a participação e o controle da sociedade sobre o Poder Público, seja em razão da necessidade de realizar as reformas por meio das instituições políticas representativas, e portanto é preciso aperfeiçoar o funcionamento do sistema político (ABRUCIO, 1999, p. 164).

Com relação aos desafios democráticos ainda é preciso atuar na ampliação da transparência das ações do Estado, para que esse efetivamente confira amplo “acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo”, deixando de ser apenas uma diretriz constitucional (artigo 37, §3º, II, CF). Tal conduta repercutirá positivamente na *accountability* governamental (PACHECO, 1999, p. 223), vez que o cidadão passará a influir nas decisões estatais, por meio de mecanismos promovidos pela própria reforma. As previsões legislativas de consultas e audiências públicas necessitam ser aplicadas no dia a dia das entidades governamentais.

Com relação a internalização na administração pública, com os devidos ajustes, de mecanismos privados de gerencia administrativa, faz-se ainda necessário convergir alguns pontos da atuação da esfera pública e da esfera privada. Como paradigma da nova gestão, o modelo de administração precisa ainda trazer da iniciativa privada mecanismos que tragam maior eficiência para o mover da máquina pública e efetivamente implementá-los. A isso se chama paradigma empresarial de governo. Não significa abandonar mandamentos constitucionais e legais que dispõem sobre a organização do Estado e prestação dos serviços públicos, mas sim implantar uma atuação voltada a servir os clientes do Estado, que se compreendem, em última instância, no povo, que deve avaliar o desempenho administrativo como contribuintes-consumidores (PACHECO, 1999, p. 105).

A internalização de condutas verificadas na iniciativa privada indica uma “gestão pública flexibilizada, tronando-se mais ágil, descentralizada, eficiente e aberta às parcerias com a sociedade” (ABRUCIO, 1999, p. 164). Como em grandes agentes econômicos encontrados no mercado, é imprescindível estabelecer como método para se alcançar produtividade e qualidade a concessão de autonomia de gestão para servidores e suas consequentes responsabilizações (BRESSER PEREIRA, 2009, p. 253).

Os controles procedimentais baseados em normas estáticas devem ser substituídos pelos controles de resultados a posteriori (ABRUCIO, 1999, p. 164). Faz-se necessário mudar o objeto do controle: ao invés de se destinar apenas aos processos, deve incidir sobre os resultados. Isso não significa deixar de considerar a legalidade como elemento essencial do ato administrativo, mas sim de reconhecer que essa não é suficiente, se vista de modo único, para assegurar a legitimidade da ação pública (PACHECO, 1999, p. 234).

Com relação à publicização e privatização, o Estado, cuja proposta administrativa é a gerencial, ainda necessita incorporar os princípios da administração privada para melhor promover a transferência de atividades para aqueles que podem contribuir para o seu desempenho. A eficiência, subdividida em eficácia e efetividade, associada à equidade e subsidiariedade compõem os princípios norteadores da atuação administrativa privada que devem transformar a atuação administrativa pública. Estes dão fundamento à transferência de determinadas atividades, antes prestadas unicamente pelo Estado, ao particular, após uma minuciosa observância daqueles que se colocam como mais aptos à utilização dos recursos sociais.

A iniciativa privada, em virtude da sua característica essencial de competitividade, possui em algumas áreas mais e melhores mecanismos de execução de serviços, o que faz com que o atendimento ao cidadão seja mais eficiente. Por essa razão, a reforma aponta para a necessidade de que “o Estado como um todo deve conceder à esfera privada o que puder ser, nesse entendimento, por ela mais bem executado” (ALBUQUERQUE, 1995, p. 151).

No cenário de transferências de atividades, ainda se constituiu desafio solidificar o entendimento de que a reforma não representa uma diminuição do poderio do Estado, vez que este continua a “exercer seu papel regulamentador, regulador e fiscalizador da prestação desses serviços, segundo parâmetros estabelecidos normativa, conveniente ou contratualmente”. Ao contrário disso, a nova gestão pública deve permanecer com sua atuação subordinada aos princípios da “legalidade, impessoalidade e publicidade, assegurados pelo controle sócio-político sobre ele exercido” (ALBUQUERQUE, 1995, p. 151). A descentralização de políticas públicas se volta à prestação eficiente de serviços sociais e garante a manutenção do viés de Estado Social (ALBUQUERQUE, 1995, p. 165).

Também se constitui desafio da reforma gerencial ampliar a atuação do Estado em prol do atendimento das necessidades públicas. Trata-se de se atentar à “prestação de serviços cuja eficiência e qualidade devem ser aferidas pelo grau de satisfação manifestado pelos contribuintes-consumidores” (ALBUQUERQUE, 1995, p. 134). Ainda que não prestados diretamente, o Estado tem o desafio de consolidar o seu papel de promotor, incentivador e garantidor de serviços sociais (BRESSER PEREIRA, 2009, p. 253). Por intermédio da descentralização administrativa, cumpre garantir que os serviços básicos sejam prestados com especialização e atendendo às necessidades regionais.

Segundo o Albuquerque (1995, p. 164-165), as iniciativas estatais relacionadas à nova administração devem pautar-se, primeiramente, na melhoria da prestação de serviços sociais, com destaque para a saúde e a educação. Para tanto, faz-se necessário descentralizar a prestação de serviços, garantindo que os entes da administração direta mais próximos da população, a exemplo de Municípios, e pessoas jurídicas da Administração indireta, autarquias, realizem tais atividades. Isso porque “existe razoável consenso de que a eficiência na prestação de serviços sociais públicos pode ser mais facilmente obtida quando eles são executados por organismos que se situam mais próximos de seus usuários” (ALBUQUERQUE, 1995, p. 167).

Se constitui também desafio para a reforma administrativa gerencial a mudança da

perspectiva de eficiência pública. Segundo Metcalfe e Richards (1989, p. 61-62), autores de “La modernización de la gestión pública”, existem dois tipos de eficiência que são buscados nas modernas administrações públicas: a eficiência operacional e a eficiência adaptativa. A primeira se baseia na consciência do custo das operações existentes, ou seja, os governos que a aprendem como eixo de atuação estabelecem uma rígida especificação de objetivos e controles. Com isso efetivamente se alcança uma maior especialização, mas também se gera um enrijecimento dos procedimentos. A eficiência adaptativa, por sua vez, tem cerne a flexibilidade, justamente em razão das mudanças derivadas da globalização e das evoluções tecnológicas (METCALFE; RICHARDS, 1989, p. 61-62).

A eficiência adaptativa baseia-se na formulação de objetivos e rápido ajuste para atender às transformações internas e externas. Os Estados que a internalizam precisam desenvolver estruturas permanentes, que atendem à demanda interna, mas também aceitar a criação de estruturas temporárias, que venham a suprir necessidades provisórias. Além disso, a eficiência adaptativa se sustenta no fluxo contínuo de informações à população, vez que essa deve contar com governos transparentes em suas contas e ações (METCALFE; RICHARDS, 1989, p. 61-62).

Os Estados que adotaram o modelo de administração pública gerencial ainda têm como um dos seus desafios acoplar em suas gestões a eficiência adaptativa, vez que essa, em razão da flexibilidade, tende a responder melhor às demandas internas e externas que tanto se modificam. Não se trata de afastar a eficiência operacional, mas sim de não permitir que essa seja um fim em si mesma.

O enfoque na efetividade da atuação estatal representa outro desafio para o gerencialismo moderno. Analisar a atividade governamental apenas sob o ângulo da eficiência pura gera um problema social, vez que o atendimento às necessidades sociais não pode ser averiguado unicamente sob uma ótica econômica de receitas e despesas. A efetividade é compreendida como o grau em que se atinge o resultado esperado a partir dos objetivos traçados, ou seja, uma perspectiva de avaliação qualitativa dos serviços públicos. Recuperar o conceito de efetividade significa considerar que o Estado precisa prestar serviços que atendam ao interesse e à necessidade pública (ABRUCIO, 1997, p. 18).

Para que isso ocorra, necessário se faz implementar uma administração pública gerencial baseada no valor *accountability*, ou seja, transparências nas ações públicas, administração com ética, participação social nas diversas esferas governamentais e gerência com equidade e justiça (ABRUCIO, 1997, p. 26). É primordial que a gestão pública dialogue com a sociedade civil para alcançar soluções para os problemas nacionais, vez que essa se encontra diariamente envolvida nos dissabores de um serviço público ainda precário.

Verifica-se ainda a indispensabilidade de que seja implementada uma atuação governamental baseada na conjunção de governabilidade e governança. A primeira corresponde às condições para o exercício do poder, ou seja, o sistema político, econômico e a forma de governo reconhecidos pelo Estado. A segunda, por sua vez, se refere às capacidades financeiras e administrativas do Estado. É preciso reorganização administrativa para que hajam recursos

suficientes afim de assegurar a continuidade de políticas públicas bem como introduzir novas. Ainda, quadros de funcionários públicos comprometidos com uma gestão eficaz e conscientes de suas responsabilidades (RUA, 1997, p. 134-135). A governança é, em última análise, a organização pública para melhor atender à sociedade. A união entre governabilidade e governança trata-se de um dos desafios para os Estados modernos gerenciais, dentre eles o Brasil.

Por fim, menciona-se ainda desafio para o gerencialismo moderno a ampla implantação de mecanismos mais céleres de resolução de conflitos no âmbito da administração pública e dos contratos administrativos. Por meio desses é possível se alcançar eficiência e efetividade em negócios públicos, justamente em razão das suas características essenciais, dentre elas a celeridade. A reforma administrativa gerencial, iniciada na década de 90, trouxe para o âmbito público utensílios de gerenciamento privado e abriu portas para que formas extrajudiciais de solução de conflitos fossem inseridas no âmbito público. Apesar disso, cumpre ampliar a utilização desses aparatos para garantir resultados satisfatórios no que diz respeito à resolução de contendas envolvendo a administração pública.

CONCLUSÃO

No Brasil, a reforma administrativa gerencial teve como marco legal a Emenda Constitucional n. 19/98, que introduziu o valor da eficiência dentre as premissas da administração pública. O regime jurídico administrativo gerencial não retirou controles tradicionais, mas sim acrescentou o dever de justificar as escolhas públicas por meio de outros valores de igual envergadura: economicidade, razoabilidade, responsabilização e eficiência.

Apesar dos objetivos da reforma, relacionados à eficiência, terem sido estabelecidos no seu momento inicial, ainda se faz necessária movimentação estatal para a sua concretização. Isso se dá em virtude do fato de que características patrimonialistas ainda persistem entre as atuações da administração pública e controles rígidos, demasiadamente inoperantes, não foram deixados para trás.

A pesquisa demonstrou que ainda se constituem como desafios para implementação do gerencialismo brasileiro: criar mecanismos que efetivem o controle social e promovam a democracia, internalizar na administração pública, com os devidos ajustes, técnicas privadas de gerencia administrativa, melhor empregar a publicização e privatização, ampliar a atuação do Estado em prol do atendimento das necessidades públicas, conferir novas perspectivas ao conceito de eficiência pública, dar maior atenção à efetividade da atuação Estatal, conjugar governabilidade e governança e implantar amplamente mecanismos mais céleres de resolução de conflitos no âmbito da administração pública e dos contratos administrativos.

Com relação ao controle social, cabe ainda ao Estado implementar mecanismos de efetiva participação social na esfera pública, bem como garantir representatividade real para consolidação da democracia. Faz-se necessário ainda, no que se refere à eficiência, internalizar na administração

pública, com os devidos ajustes, de mecanismos privados de gerencia administrativa, como instauração de atuação baseada no mérito, controle de resultados e descentralização da prestação de serviços.

Também se constitui desafio da reforma gerencial ampliar a atuação do Estado em prol do atendimento das necessidades públicas, o que só será possível quando serviços básicos forem prestados com eficiência e qualidade, com atenção às diferenças regionais. Nesse aspecto, se enquadra o desafio de mudar o conceito de eficiência e privilegiar a efetividade da atuação Estatal, ou seja, aderir a uma atuação flexibilizada cujo resultado seja verificado conforme a satisfação do cidadão.

Importante ainda se faz uma atuação governamental baseada na conjunção de governabilidade e governança, ou seja, garantir condições para o exercício do Poder Executivo, por meio da promoção de capacidade financeira e administrativa. Por fim, consolidar um regime jurídico que permita a segura utilização de mecanismos privados de solução de litígios em lides derivadas de contratos administrativos.

A pesquisa verificou que apesar do início do gerencialismo brasileiro ter ocorrido com a publicação da Emenda Constitucional n. 19/98 ainda são diversos os desafios que precisam ser enfrentados para que se possa afirmar que o Brasil se encontra com a administração pública gerencial implementada.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na administração pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**. Brasília: ENAP - Escola Nacional de Administração Pública. 52 p. (Cadernos ENAP; n. 10).

ABRÚCIO, Fernando Luiz. O longo caminho das reformas nos governos estaduais: crise, mudanças e impasses. In: MELO, Marcus André (Org.). **Reforma do Estado e mudança institucional no Brasil**. Recife: Massangana, 1999. p. 161-198.

ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti. Reconstrução e reforma do Estado. In: VELOSO, João Paulo dos Reis; ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti de (Coord.). **Governabilidade e reformas**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995. p. 129-198.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 9-23.

AZEVEDO, Sérgio de. Reforma do Estado e mudança institucional: variáveis exógenas e endógenas. In: MELO, Marcus André (Org.). **Reforma do Estado e mudança institucional no Brasil**. Recife: Massangana, 1999. p. 111-142.

BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. **Solução de controvérsias pelas agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 39.855, de 24 de agosto de 1956**. Cria a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-39855-24-agosto-1956-333365-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979**. Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d83740.htm>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 86.215, de 25 de julho de 1981**. Fixa normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob o controle do Governo Federal, nos casos que especifica. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-86215-25-julho-1981-435410-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 579, de 30 de julho de 1938**. Organiza o Departamento Administrativo do Serviço Público, reorganiza as Comissões de Eficiência dos Ministérios e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-579-30-julho-1938-350919-publicacaooriginal-126972-pe.html>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge; PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 222-259.

BUTLER, Eamonn. **A contribuição de Hayek às idéias políticas e econômicas de nosso tempo**. Tradução de: Carlos dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987. Tradução de: Hayek: his contribution to the political and economic thought of our time.

CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. Administração pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. **Ciência e Trópico**, Recife, v. 34, n. 2, p. 297-323, jul./dez. 2010.

FERREIRA, Caio Márcio Marini. Crise e reforma do Estado: uma questão de cidadania e valorização do servidor. In: PETRUCCI, Vera; SCHWARZ, Leticia (Org.). **Administração pública gerencial: reforma de 1995: ensaios sobre a reforma administrativa brasileira no limiar do século XXI**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 63-95.

HAYEK, Friedrich August Von. **O caminho da servidão**. Tradução de: Leonel Vallandro. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1977. 234 p. Tradução de: The Road to Serfdom.

HELAL, Diogo Henrique. Do patrimonialismo ao paradigma gerencial: paradoxos na administração

pública municipal de Caeté – MG. **Administração Pública Gestão Social**, Viçosa, v. 1, n. 1, p. 23-45, jan./mar. 2009.

HOFLING, Eloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. **Cadernos Cedes**, Campinas, n. 55, p. 30-41, nov. 2001.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

METCALFE, Les; RICHARDS, Sue. **La modernización de la gestión pública**. Tradução de: Eduardo Zapico Goñi e Luis E. Echebarría Ariznabarreta. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1989. Tradução de: Improving Public Management.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 51, n. 2, p. 105-119, abr./jun. 2000.

MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa: emenda constitucional 19/98**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PACHECO, Regina Silva. Reformando a administração pública no Brasil: eficiência e accountability democrática. In: MELO, Marcus André (Org.). **Reforma do Estado e mudança institucional no Brasil**. Recife: Massangana, 1999. p. 223-237.

RUA, Maria das Graças. Desafios da administração pública brasileira: governança, autonomia, neutralidade. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 48, n. 3, p. 133-152, set./dez. 1997.

VICENTE, Maximiliano Martin. A crise do Estado de bem-estar social e a globalização: um balanço. In: _____. **História e comunicação na ordem social**. São Paulo: UNESP, 2009. p. 123-146. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/b3rzk/pdf/vicente-9788598605968-08.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas - uma apreciação geral. **Revista da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 49-59, jan./mar. 1984.

WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Reforma administrativa na era de Vargas**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.

WEBER, Karl Emil Maximilian. **Ensaios de sociologia**. Tradução de: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982. Tradução de: Essays in Sociology.

WILLOUGHBY, William Franklin. **Principles of public administration: with special reference to the national and state governments of the United States**. Washington: The Brookings Institution, 1927.

Como citar: MIRANDA, Lara Caxico Martins; KEMPFER, Marlene. Administração pública gerencial brasileira e os desafios para prosseguir na sua implementação. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 130-152, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p. 130. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 13/05/2018
Aprovado em: 28/11/2018

**COOPERATIVISMO DE CRÉDITO: UMA ALTERNATIVA DE
DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO**

CREDIT COOPERATIVISM: AN ALTERNATIVE TO
SOCIOECONOMIC DEVELOPMENT

Eduardo Silveira Frade*
Márcio Luís de Oliveira**

* Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Pós-graduando lato sensu em Direito Tributário pelo IBET. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa. Professor da Pós-Graduação em Direito Tributário do Instituto de Ensino Superior da Paraíba (IESP) e Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo das Faculdades Integradas da Paraíba - FIP. Advogado e Consultor jurídico.

E-mail: eduardosfrade@hotmail.com

**Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Mestre em Direito Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professor da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), da Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC e da Faculdade Milton Campos - FDMC. Advogado e Consultor jurídico.

E-mail: marcio.luiz@uol.com.br

Como citar: FRADE, Eduardo Silveira; OLIVEIRA, Márcio Luís. Cooperativismo de crédito: uma alternativa de desenvolvimento socioeconômico. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 153-174, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 153. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O cooperativismo de crédito apresenta valores e características que o tornam vantajoso como modelo de concessão de crédito e, por isso, benéfico para o desenvolvimento socioeconômico. O artigo busca demonstrar e justificar esses valores e características de modo a tornar o cooperativismo de crédito objeto de políticas públicas adequadas para estimulá-lo e viabilizá-lo de modo eficiente, cuja análise perpassa o reconhecimento de sua importância como instrumento de desenvolvimento socioeconômico. Na elaboração do trabalho adota-se a metodologia analítico-dogmática, com auxílio de textos históricos, doutrina jurídica e relatórios proferidos por entidades estatais cuja competência se reflete sobre a fiscalização e promoção do cooperativismo de crédito, bem como de consulta à legislação.

Palavras-chave: Cooperativismo de crédito; Política pública; Sociedade cooperativa; Desenvolvimento socioeconômico.

Abstract: Credit cooperativism presents valuable traits that makes it an advantageous model for granting credit and is, therefore, beneficial to sustainable socioeconomic development. This paper demonstrates and justifies its usefulness to society in order to make credit cooperativism a central object of public policies. Consequentially, the State should stimulate and enable it to work efficiently, as society needs to recognize the importance

of credit cooperativism in the socioeconomic development of Brazil. This study utilized an analytical-dogmatic model of research, with the aid of historical texts, legal doctrine and data from State authorities – whose competence is to oversee and promote credit cooperativism, as well as offering public access to related legal regulations and norms.

Keywords: Credit cooperativism; Public policies; Cooperative society; Socioeconomic development.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 174, § 2º, estimula o cooperativismo e outras formas de associativismo. Desta feita, adota um modelo atualizado de intervenção na economia e opta pelo cooperativismo como uma das alternativas para se alcançar o desenvolvimento nacional, pré-determinado no seu artigo 3º, inciso II. (BRASIL, 1988).

Nesse cenário, a cooperativa de crédito é uma das modalidades de cooperativismo que tem crescido substancialmente no Brasil. Sob este prisma, almeja-se responder o seguinte questionamento: quais são os valores e as características do cooperativismo de crédito que o habilitam a ser considerado como alternativa economicamente viável para a implementação de políticas públicas de equidade socioeconômica?

Para se responder ao tema-problema, parte-se da hipótese de que o cooperativismo de crédito apresenta certos valores e características que o tornam vantajoso como modelo de concessão de crédito e, por isso, benéfico para o desenvolvimento nacional. Assim, o marco teórico da pesquisa é de substrato científico-dogmático, pois se assenta no marco jurídico-constitucional de estímulo ao cooperativismo (artigo 174, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil) e nas propriedades inerentes ao cooperativismo de crédito.

Por conseguinte, este trabalho tem como objetivo geral apresentar os valores e as principais características do cooperativismo de crédito como modalidade econômica, bem como refletir sobre os fundamentos que deveriam torná-lo objeto de políticas públicas permanentes por parte do Estado, de modo a se desvelar como instrumento eficaz de estímulo ao desenvolvimento previsto na Constituição. Nesse sentido, serão identificados os benefícios que o cooperativismo de crédito pode trazer para gerar produção e equidade socioeconômica.

Na elaboração do trabalho adota-se a metodologia analítico-dogmática, com auxílio de textos históricos, doutrina jurídica e consulta à legislação.

A temática deste artigo é relevante no estudo do desenvolvimento. A necessidade de compreensão dos valores e das características do cooperativismo de crédito se faz justificável para que políticas públicas mais adequadas ao seu fomento sejam implementadas em todos os níveis da Federação. O conhecimento de suas peculiaridades em relação a outras formas de concessão de recursos financeiros permite uma melhor avaliação acerca da importância do modelo econômico cooperativista de crédito como alternativa para o desenvolvimento nacional com maior justiça social e menor desigualdade regional e local.

Para tanto, inicia-se o estudo com o regramento constitucional do cooperativismo. No segundo tópico, faz-se um breve relato histórico do cooperativismo, com ênfase no cooperativismo de crédito, demonstrado como este modelo econômico atingiu expressão em todo o mundo. Nos itens seguintes são abordados o conceito e as funções do cooperativismo de crédito e os valores

que o fundamentam. Relata-se, ainda, acerca das características que diferenciam o cooperativismo de crédito dos bancos comerciais para se comprovar as suas vantagens. Por fim, discorre-se sobre o crescimento da adoção do cooperativismo de crédito no Brasil.

1 A ORIGEM DO COOPERATIVISMO DE CRÉDITO

O cooperativismo, como modalidade de associativismo, está correlacionado à dinâmica socioeconômica de desenvolvimento no Estado Liberal, notadamente pelas implicações sociais provenientes da Revolução Industrial do século XIX.

O liberalismo econômico tem por alicerce a mais-valia, compreendida como vetor de acumulação, ou seja, “um diferencial entre o valor agregado pelo trabalho ao produto final e o valor efetivamente apropriado pelo trabalho como remuneração do fator.” (COURI, 2001, p. 25). Dessa compreensão de mais-valia decorrem consequências sociais, detectadas não somente pelos socialistas, cuja inspiração subsiste nos escritos de Karl Marx, mas como resultado empírico que promoveu a readaptação do modelo de produção capitalista, sobretudo após a crise de 1929.

Apesar das críticas à concepção da mais-valia nos moldes definidos por Karl Marx, (por não considerar os preços relativos e, conseqüentemente, a concorrência entre os empresários como fator de redução de lucro e de preço para o consumidor, bem como sua internalização pelo risco da atividade econômica), certo é que a partir dela se atentou sobre as diferenças socioeconômicas entre os detentores do capital e a classe proletária. Desta forma, é imperioso concluir que, como consequência da mais valia, acentua-se o abismo entre classes, dado às diferenças econômicas pela concentração e transmissão intraclasse da renda e de poder aquisitivo entre elas. Mas, para Oliveira (2016, p. 204), “o associativismo crescente dos trabalhadores, os movimentos feministas e o avanço revolucionário das ideias socialistas repercutiram profundamente na mentalidade e nas práticas liberais desvirtuadas na passagem do século XIX para o XX.”

Naquele ambiente socioeconômico, e em decorrência da baixa capacidade de consumo da classe proletária, começaram a surgir, na Inglaterra, em meados do século XIX, movimentos de associativismo entre os trabalhadores com o objetivo de adquirir produtos industriais, inclusive para expandir o seu poder de barganha perante os detentores do capital e de modo que houvesse a redução do valor dos produtos por eles negociados. Foi nesse contexto que, em 1844, na cidade britânica de Rochdale, foi constituída a primeira cooperativa, sendo formada pela agregação de esforços destinados ao consumo de bens industriais, formada por 28 tecelões, dentre os quais somente uma mulher, como observa João Paulo Koslovski (2001, p. 21).

Em que pese a primeira cooperativa ter surgido em 1844, o associativismo manufatureiro tem origens mais remotas, pois desde as corporações de ofício, surgidas entre a Alta e a Baixa Idade Médica, verifica-se a reunião de indivíduos com o objetivo comum de produção de bens. Todavia, pode-se afirmar que, naquela época, não havia ainda o cooperativismo, dada a ausência

de seus elementos jurídico-econômicos, existindo apenas a reunião de pessoas sem *animus* de constituírem entre si uma sociedade empresarial de produção.

A cooperativa de Rochdale, denominada de *Society of Equitable Pioneers* inaugurou, portanto, uma nova forma de associativismo, na medida em que, a partir dela, se verificou a intenção de constituição de uma sociedade, pois seus fundadores cuidaram de dispor de seu próprio capital particular para formar um capital social, inicialmente destinado à aquisição de um armazém para o estoque de mercadorias a serem utilizadas por todos os sócios.

A cooperativa de Rochdale, ademais de fundar um armazém destinado ao favorecimento de associados,

[...] almejava também a construção de casas para fornecer alojamento a preços de custo; a formação de um capital para a emancipação do proletariado por meio da economia conseguida pela compra em comum de gêneros alimentícios; a criação de estabelecimentos industriais e agrícolas para, além de produzir para promover as necessidades da classe operária, assegurar trabalho aos operários desempregados ou com salários baixos; a construção de estabelecimentos de temperança a fim de combater o alcoolismo; a criação de pequenos núcleos nos quais a produção e a repartição fossem organizadas; a multiplicação destes núcleos por meio do exemplo e propaganda (ROSSI, 2011, p. 41).

Destarte, a cooperativa de Rochdale ergueu as premissas sobre as quais seriam projetadas as demais cooperativas que a seguiram, fossem destinadas a consumo ou não. O cooperativismo, portanto, propunha aos associados a possibilidade de transcenderem da classe proletária, conseguindo, assim, melhores condições de vida tanto para si como para os demais colegas de empreitada, pois, como assenta Prado (2011, p. 40) tinha a ajuda mútua como ideia básica, unindo forças contra um inimigo comum, qual seja a exploração do trabalho humano pelos detentores do capital.

Os números, *per se*, exprimem a importância do cooperativismo. Como demonstra Singer (2002, p. 130), em 1881, o número de associados chegou a 547 mil e, em 1900, atingiu 1,7 milhão, o que sem dúvidas, serviu de estímulo para que o movimento cooperativo tomasse força, independentemente da finalidade originária de cada cooperativa.

A constituição de cooperativa com a finalidade de oferta de crédito para os associados não tardou a aparecer. Como se depreende de Pinheiro (2008, p. 23), a primeira cooperativa de crédito foi fundada na Alemanha, em 1864, por Friedrich Wilhelm Raiffeisen, denominada de Heddesdorfer Darlehnskassenverein (Associação de Caixas de Empréstimo de Haddesdorf). Essa cooperativa foi especialmente destinada ao apoio creditício para a população rural daquela região, que se via restringida a empréstimos com altas taxas de juros, cobrados por agentes industriais locais, detentores de capital, o que lhes dificultava a produção agropecuária

Sobre as características das cooperativas rurais alemãs, destaca-se a “responsabilidade ilimitada e solidária dos associados, a singularidade de votos dos sócios, independentemente do número de quotas-parte, a área de atuação restrita, a ausência de capital social e a não-distribuição

de sobras, excedentes ou dividendos.” (PINHEIRO, 2008, p. 23). Outrossim, cumpre destacar, conforme aponta Oliveira (2005, p. 32), que, em 1888, já havia cerca de 400 sociedades de crédito constituídas nos moldes de Raiffeisen, o que demonstra a repercussão e a popularidade que esse tipo de associativismo rural alcançou na Alemanha.

As cooperativas de crédito urbanas também tiveram origem na Alemanha, desta vez na cidade de Delitzsch, tendo como precursor Hermman Schulze, passando a ser conhecidas como tipo “Schulze-Delitzsch”. Em sua primeira fase, foram criadas como cooperativas de produção para atender artesãos locais e, numa segunda etapa, fomentaram o financiamento destes mesmos artesãos, razão pela qual assumiram a natureza creditícia. A diferença fundamental deste modelo em relação ao proposto por Raiffeisen é que há, neste, a possibilidade de retorno de sobras líquidas proporcionalmente ao capital investido, bem como não há área de atuação restrita, além de haver remuneração dos dirigentes, como destaca Pinheiro (2008, p. 23). Esse modelo cooperativo também encontrou ampla difusão na Alemanha. Tanto que Moreno (1999, p. 16) afirma que, em 1861, já havia 340 cooperativas do tipo “Schulze-Delitzsch”, sob a denominação de Bancos Populares.

A confluência das ideias de Schulze e Raiffeisen rapidamente se espalharam por toda a Europa Ocidental. Em 1865, na cidade italiana de Milão, Luigi Luzzatti organizou a primeira cooperativa de crédito do país, inaugurando um modelo que herdaria seu sobrenome, o tipo Luzzatti, a princípio destinada à concessão de crédito rural. Segundo Pinheiro (2008, p. 23) aquela forma de cooperativismo tinha, como algumas de suas características, a não exigibilidade de vínculo específico dentre os associados – à exceção da limitação geográfica previamente definida –, quotas de capital de pequeno valor, a não necessidade de garantias reais para a concessão de pequenos empréstimos, bem como a não remuneração dos dirigentes e a responsabilidade limitada dos associados ao capital por eles subscritos, o que serviria de inspiração para o cooperativismo de crédito brasileiro, sobretudo entre as décadas de 1940 e 1960.

O cooperativismo de crédito, todavia, não se restringiu à Europa Ocidental. Nas Américas, o Canadá foi o pioneiro na criação de um modelo próprio. Inspirado nos modelos Raiffeissen e Schulze surgiu, em Quebec, o modelo Desjardins, conhecido no Brasil como cooperativas de crédito mútuo, que reunia os sócios sob alguma espécie de vínculo entre eles, destarte “reunindo grupos homogêneos como os de clubes, trabalhadores de uma mesma fábrica, funcionários públicos etc.” (PINHEIRO, 2008, p. 24).

Essa confluência de ideários cooperativistas, sobretudo de crédito, e o sucesso que alcançaram onde foram implantadas acabaram por estimular também o surgimento de cooperativas de crédito no Brasil.

Pinheiro (2008, p. 27) assinala como primeira sociedade cooperativa brasileira a “Sociedade Cooperativa Econômica dos Funcionários Públicos de Ouro Preto”, criada em 1889. Contudo, destaca que, anteriormente, existiram outras associações econômicas, a exemplo da Sociedade Beneficente de Juiz de Fora, de 1885, o que dificulta, a seu juízo, a precisão do marco histórico do cooperativismo no Brasil. Por sua vez, Peinado (2006, p. 72) aponta que a primeira cooperativa de crédito brasileira foi fundada em 1902, sob a denominação de Caixa Econômica de Empréstimos

Amstad, depois denominada de Caixa Rural de Nova Petrópolis, e hoje museu do cooperativismo de crédito brasileiro.

Conforme se observa, o surgimento das cooperativas deu-se na Europa e é datado do século XIX. E embora as cooperativas de crédito não tenham sido as precursoras do movimento cooperativista, elas tiveram origem em razão da necessidade e da demanda de crédito pela população europeia não detentora de capital, a exemplo dos trabalhadores rurais e do proletariado.

Os diversos modelos cooperativistas, sem dúvida, influenciaram para que, no Brasil, se acompanhasse a experiência estrangeira. Tanto que as cooperativas surgiram independentemente do regramento jurídico, pois, somente a partir da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, é que passaram a ter um marco legal adequado às suas especificidades.

2 VALORES FUNDAMENTAIS DO COOPERATIVISMO

A adequada compreensão do cooperativismo não se restringe à sua conceituação formal, tornando-se indispensável o acesso às razões e fundamentações sob as quais surgiu e se sustenta.

Conforme demonstrado anteriormente, o cooperativismo teve origem nas necessidades econômicas dos trabalhadores, no contexto do liberalismo econômico europeu clássico, que ampliou as desigualdades sociais de modo a impedir até mesmo o alcance da sobrevivência digna do operariado e do camponês.

Ao invés de aguardarem por uma solução do Estado, as classes trabalhadoras urbanas e rurais, desprovidas de capital e em face da concentração de poder econômico de industriais e detentores de terra, passaram a se associar ou com vistas a garantir melhores condições subjetivas de trabalho ou até de se auto proverem. Se o primeiro fundamento para o associativismo gerou o sindicalismo, o outro propiciou, entre os trabalhadores, a formação do cooperativismo como modelo institucionalizado de unificação de esforços para a produção, consumo, apoio creditício mútuo e outras finalidades.

Contudo, para que a associação com vistas ao crescimento econômico e social se opere, se faz necessária a confluência de valores comuns entre os sujeitos que se dispõem a essa atividade. Valores aqui compreendidos como fatores de orientação da conduta humana, portanto como “variável da mente que faz com que o ser humano decida ou escolha se comportar numa determinada direção e dentro de uma determinada importância” (WEIL, 1994, p. 47). Nesse sentido, o associativismo, do qual o cooperativismo é espécie, sustenta-se sob alguns valores. Inobstante a diversidade de pensadores, e sem deixar de fazer referência a outros valores, Irion (1997) lista como valores mais importantes do associativismo a solidariedade, a liberdade, a justiça social e a equidade, uma vez que fomentam o senso de coletividade na satisfação de interesses e necessidades dos associados, tanto sob o aspecto coletivo quanto individual.

A solidariedade é a premissa básica de auxílio e cooperação mútuos entre dois ou mais

sujeitos, exigindo-se o rompimento das barreiras do individualismo, para preocupar-se com o outro, de forma a compreender o outro como realidade pessoal, mas também dando reconhecimento à importância social das ações do indivíduo inserido na coletividade. No que tange ao cooperativismo, Rossi (2011, p. 79) assume que este:

[...] pressupõe, para o exercício das atividades que enseja, exatamente essa lógica. A centralização do olhar no “outro”, a superação da visão individualista, o esvaziamento do sentido da competição e o realce da noção de ajuda mútua, de operar conjuntamente não só com o outro, mas também por e ao lado dele.

A solidariedade cooperativa representa, portanto, a possibilidade de crescimento econômico coletivo, pois, pelo auxílio creditício mútuo, viabiliza-se a austeridade financeira do associado que dela necessita.

A liberdade, como valor cooperativo, não se revela apenas na possibilidade de ingresso ou saída do associado a qualquer tempo. A liberdade cooperativa também compreende a possibilidade de o associado participar autonomamente das atividades da sociedade, nos limites de seus status jurídico de associado, bem como resguarda a autonomia da cooperativa quanto a seus dirigentes e associados, observando-se, em todos os casos, as regras livremente estatuídas e em conformidade com o Direito.

Por justiça social entende-se que essa “realiza-se pela promoção econômica, educacional e cultural das pessoas por meio da oportunidade de trabalho e de realização pessoal que pode ser implementado pela via cooperativa.” (ROSSI, 2011, p. 80). Neste sentido, o cooperativismo busca dotar de condições os indivíduos para que possam realizar projetos profissionais ou empreender com menores riscos. Percebe-se facilmente esta condição nas cooperativas de trabalho, em que diversos sujeitos fornecem sua força de trabalho para o bem-estar da sociedade cooperativa, não por fim altruísta, mas na perspectiva de fazer prosperar a entidade, cujos resultados serão revertidos aos próprios trabalhadores, condição analogamente observável nas cooperativas de crédito ou consumo, em que há o esforço do associado em prol da cooperativa. Nas cooperativas de crédito a concessão de crédito possibilita a promoção econômica a que se refere Rossi, razão pela qual também detém potencialidade para conduzir à justiça socioeconômica de seus membros.

Sobre equidade e seu significado cooperativo, Irion (1997, p. 50) explica seus três aspectos:

A vertente associativa estabelece deveres e direitos gerais e iguais para todos os sócios especificados nos estatutos, nas decisões das assembleias ou estabelecidos pela administração. A vertente econômica preconiza a participação do associado nos negócios cooperativos e na sustentação da entidade. Chega-se então à distribuição dos resultados econômicos proporcional à participação dos associados nos negócios da cooperativa determinando que a equidade, sob o ponto de vista econômico passa a ser preceituada como “a cada um, segundo sua participação nos negócios cooperativos.” A vertente social obriga a cooperativa (dentro de sua capacidade), a assistir os associados de forma equânime, sem qualquer tipo de discriminação, definindo a equidade como “a cada um segundo suas necessidades de assistência.”

Logo, pela equidade se definiria o estabelecimento de direitos e deveres iguais para todos os associados, a distribuição dos resultados proporcional à participação, e a assistência sem discriminação e consonante necessidades.

3 A CONSTITUIÇÃO E O COOPERATIVISMO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 174, § 2º, prevê que “a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.” (BRASIL, 1988). Como será abordado, essa regra constitucional é de fundamental importância no processo de desenvolvimento do país. E há muitos motivos que teriam conduzido o constituinte a positivar esta norma de natureza programática.

Sabe-se, há muito, que o modelo econômico liberal, fundado na livre organização e funcionamento do mercado (nos termos propostos por Adam Smith), é insuficiente para gerar desenvolvimento: produção de riqueza, equidade socioeconômica e proteção ambiental. Partindo dessa premissa é que, desde o início do século XX, considera-se adequada a atuação do Estado para corrigir as distorções oriundas da clássica dinâmica econômica liberal. Desta feita, autoriza-se o Estado a intervir na economia sempre que se fizer necessário, observando-se, contudo, os direitos e as garantias constitucionais fundamentais dos agentes privados e de padrões específicos de funcionamento da economia capitalista, ainda que com viés social. Por conseguinte, o Estado detém a preferência para atuar de forma indireta na economia, no exercício de suas funções normativa e reguladora (art. 174, *caput*, da Constituição). Sua atuação direta somente é autorizada por meio de lei e em situações excepcionais, quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou sob a premissa de relevante interesse coletivo (artigo 173, *caput*, da Constituição).

Assim, no modelo econômico constitucionalmente posto, o Estado passa a atuar como agente normativo e regulador e, como tal, detém a legitimidade para definir, nos limites constitucionais, a política econômica nacional. Munido destas prerrogativas, o Estado determina as premissas e diretrizes sobre as quais ele próprio (artigo 173, *caput*, da Constituição) e os demais agentes econômicos privados devem ou podem atuar.

Ao definir, em seu artigo 174, § 2º, que o Estado atuará para estimular o cooperativismo, a Constituição adota um viés dogmático de matriz social-liberal, uma vez que ela impõe um dever econômico-social ao Estado que, na qualidade de agente normativo e regulador da economia, detém o compromisso de viabilizar esse instrumento econômico por meio de regramento infraconstitucional e pela adoção de políticas públicas adequadas à sua efetivação.

Há de se destacar que a norma não restringe o estímulo ao cooperativismo em determinado modelo, mas sim o trata de forma genérica, de modo a abranger diversas de suas modalidades, como crédito, trabalho, consumo, dentre outras, indo, inclusive, mais além, ao assumir que estimulará

outras formas de associativismo, desde que para fins lícitos e pacíficos (ressalva do artigo 5º, inciso XVII, da Constituição).

O estímulo constitucional ao cooperativismo e ao associativismo recontextualiza a normatividade da Lei nº 5.764, de 1971, que define a Política Nacional de Cooperativismo, deixando clara a importância deste modelo econômico como estratégia para o desenvolvimento nacional, agora sob a perspectiva da sustentabilidade (produção de riqueza, equidade socioeconômica e proteção ambiental).

Logo, o artigo 174, § 2º, da Constituição deve também ser concretizado em consonância com o seu artigo 5º, inciso XXIII, e com todo o rol de normas-princípio previstas no artigo 170, dentre elas a do dever de estimular ações de proteção ao meio-ambiente na seara da atividade econômica.

Além do direito constitucional ao associativismo (artigo 5º, incisos XVII, XVIII, XIX, XX e XXI, da Constituição), o artigo 5º, no inciso XVIII, acrescenta o cooperativismo como direito, assegurando que a criação de cooperativas independe de autorização estatal, desde que respeitadas as formalidades e requisitos previstos em lei, vedando-se ao Estado de interferir em seu funcionamento.

Observe-se, pois, neste aspecto, que o dispositivo constitucional menciona “lei”, sendo essa, portanto, ordinária e não complementar, visto que a última, quando necessária, deve ser expressa. Neste ponto, merece questionamento se as resoluções emitidas pelo Banco Central do Brasil seriam instrumentos hábeis na determinação das formas de atuação do cooperativismo de crédito.

Tendo em vista que o Banco Central do Brasil é a agência reguladora responsável pelo funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, exercendo o controle do crédito, fiscalização e autorização de funcionamento das instituições financeiras, conforme se depreende do artigo 10º da Lei nº 4.595, de 1964, pode-se concluir que as suas resoluções são válidas ao regularem os parâmetros de funcionamento e a autorização para criação de cooperativas de crédito, pois o termo “lei” resta compreendido como veículo por meio da qual se estabelecem normas (BRASIL, 1964).

A Constituição, ao adotar a premissa de estímulo ao cooperativismo, reconhece a função econômico-democrática da atividade cooperativa (portanto, associativa dos interessados) como mecanismo útil e adequado para também se alcançar o desenvolvimento nacional. Neste sentido, a Constituição adota o cooperativismo como diretriz de planejamento econômico, cujo fim é de “imprimir ao mercado um direcionamento diferente daquele que o regeria se deixado às ‘leis naturais’” (FONSECA, 2007, p. 339-340).

Para que o cooperativismo possa funcionar como propulsor de desenvolvimento, se faz necessário que ele se revista de certos valores e características vantajosas que justifiquem a sua importância como elemento de política econômico-social. É nesse sentido que se sustenta, pois, o presente estudo, esclarecendo as razões pelas quais se deve optar pelo cooperativismo de crédito como alternativa de planejamento econômico, constitucionalmente adequado.

4 DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DA COOPERATIVA DE CRÉDITO

A Lei nº 5.764, de 1971, fornece, em seu artigo 3º, um conceito de cooperativa nos seguintes termos: “celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.” (BRASIL, 1971).

A partir desse marco legal, Pereira (2006, p. 103) detalha o conceito de cooperativa definindo-a como:

[...] uma associação de pessoas com objetivo profissional nos diversos campos da atividade humana, administrada no modelo da autogestão, operacionalizada por meio de ajuda mútua, destinada à satisfação das necessidades básicas comuns de seus membros. É uma organização de natureza empresarial sem propósito de lucratividade, mediante a qual um grupo de pessoas busca realizar determinados interesses comuns, e tem o capital como instrumento à serviço do homem

Discorrendo, ainda, sobre o conceito de cooperativa a partir de sua finalidade, Mendonça (1954, p. 240) acrescenta que elas são:

Institutos modernos, tendentes a melhorar as condições das classes sociais, especialmente dos pequenos capitalistas e operários. Elas procuram libertar essas classes da dependência das grandes indústrias por meio da união das forças econômicas de cada uma; suprimem aparentemente o intermediário, nesse sentido: as operações ou serviços que constituem o seu objeto são realizados ou prestados aos próprios sócios e é exatamente para esse fim que se organiza a empresa cooperativada.

Diversos conceitos sobre cooperativas podem ser apresentados, contudo, há de se destacar a essência deste tipo societário. A sociedade cooperativa se revela na reunião de esforços individuais com o fito de obter benefício comum, contando, para tanto, com a colaboração conjunta de seus associados. Para isso, a cooperativa se constitui por intermédio de contrato social, do qual a pessoalidade dos associados é elemento característico, bem como a não intencionalidade lucrativa da sociedade, já que seus resultados serão compartilhados necessariamente pelos associados. Portanto, pode-se afirmar que, no que tange à classificação das cooperativas, sua tipologia resultará da especificidade da sua atividade societária, conforme se depreende das lições de Mizabel Derzi (1988), que assenta na abertura dos tipos, mais maleáveis que os conceitos, essencialmente fechados e estáticos.

Não é objetivo deste estudo discorrer, em minúcias, sobre as características das cooperativas. Contudo, os conceitos legal e doutrinário apresentados revelam as principais especificidades do cooperativismo, quais sejam, o não interesse lucrativo da entidade (muito embora possa haver o interesse lucrativo dos associados) e o fato de ser a cooperativa uma sociedade simples, conforme

disposição do artigo 982 do Código Civil (BRASIL, 2002). Todavia, insta apenas apresentar quais seriam as características basilares das cooperativas listados no artigo 4º da Lei 5.764, de 1971:

Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;

II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes;

III - limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;

IV - inaccessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;

V - singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;

VI - quórum para o funcionamento e deliberação da Assembleia Geral baseado no número de associados e não no capital;

VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia Geral;

VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social;

IX - neutralidade política e discriminação religiosa, racial e social;

X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;

XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços (BRASIL, 1971).

Ao optar pelo regramento das cooperativas como sociedades simples, o Código Civil, não expõe tal motivação, não aclarando sua distinção em relação às sociedades empresárias, já que em seu artigo 966 não determina a lucratividade como elemento essencial das sociedades empresárias, limitando-se a assentar que “considera-se empresário aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de mercadorias ou serviços.”

Observa-se que do artigo supramencionado não há qualquer ressalva para que as cooperativas não sejam consideradas como sociedades empresárias, todavia por expressa disposição legal do artigo 982, parágrafo único, do mesmo diploma legal, deve-se considerar como simples a sociedade cooperativa.

Apesar de se divergir de tal conceituação, notadamente pela falta de motivação expressa no Código Civil, Krueger tenta justificar as cooperativas como sociedades simples; a esse respeito, o autor assevera que:

[...] resta, enquadrada a cooperativa como sociedade simples, apenas uma maneira

de distinguir essa da empresária: o sócio necessariamente opera com a sociedade; não há possibilidade de existir um sócio exclusivamente detentor de capital, e nesta única condição exercer a condição de mando sobre a sociedade e que a sua participação nos resultados operacionais possa se resumir à distribuição de lucros. A sociedade empresária é aquela em que não somente existe essa possibilidade, como a estrutura organizacional é erigida em torno dessa possibilidade (KRUEGER, 2006, p. 83).

É razoável o argumento levantado, todavia acaba sendo forçosa a hermenêutica, uma vez que a lei não evidenciou as motivações que impedem as cooperativas de serem consideradas sociedades empresárias. Todavia, por expressa disposição do artigo 982, parágrafo único, do Código Civil, deve-se classificar as cooperativas como sociedades simples, que, segundo Krueger, teriam como distinção marcante a inexistência de intento lucrativo pela sociedade.

No que concerne aos tipos de cooperativas, a Lei nº 5.764, de 1971, trata apenas de expressar as formas que as cooperativas podem assumir, quais sejam: singulares, centrais (ou federações) e confederações. As primeiras são destinadas à prestação direta de serviços aos associados, ao passo que as centrais seriam constituídas por três ou mais singulares e teriam por objetivo orientar, integrar e facilitar as atividades e a utilização recíproca dos serviços. As confederações, por sua vez, seriam formadas pela reunião de três ou mais centrais, da mesma ou de diferentes modalidades de cooperativas, orientando e coordenando as atividades das filiadas, em defesa, portanto, do interesse global do sistema cooperativo, conforme se depreende dos artigos 6 a 9 da referida lei.

O artigo 10, *caput*, da Lei nº 5.764, de 1971, estabelece que as cooperativas também se classificam de acordo com a natureza ou objeto da atividade desenvolvida. Neste sentido, diversas modalidades de cooperativas podem ser encontradas. Vasconcelos (2001, p. 22-27) exemplifica, num rol extensivo, diversos tipos de cooperativas, como: de produção agrícola ou industrial, de trabalho, de beneficiamento de produtos, de compras em comum, de consumo, de abastecimento, de crédito, de seguro, de construção de casas populares, de editoras e de cultura intelectual, escolares e mistas. Além dessas, acrescentam-se ainda as cooperativas de transporte, de catadores lixo, dentre tantas outras possíveis. Contudo, este trabalho foca-se nas cooperativas de crédito.

Classificando-se as cooperativas conforme a atividade a que se dedicam, as sociedades cooperativas de crédito são aquelas que têm o objetivo de concessão de crédito aos seus associados, ou, nas palavras de Salomão Neto (2014, p. 72) “são entidades que têm por objeto a cooperação mútua entre seus associados através da economia sistemática e do uso adequado do crédito.” Por conseguinte, as sociedades cooperativas de crédito funcionam como *players* do mercado financeiro, vez que a atividade de concessão creditícia é tipicamente financeira, compreendida entre “coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira”, consonante prevê o artigo 17 da Lei nº 4.595, de 1964, ao definir as atividades típicas de instituições financeiras.

Atualmente, a extensão dos serviços prestados por essas cooperativas tem sido ampliada para além da mera concessão creditícia. Neste sentido, a Resolução nº 4.434, de 2015, do Banco Central do Brasil, as autoriza a prestar as seguintes atividades:

Art. 17. A cooperativa de crédito pode realizar as seguintes operações e atividades, além de outras estabelecidas na regulamentação em vigor:

I - captar, exclusivamente de associados, recursos e depósitos sem emissão de certificado;

II - obter empréstimos e repasses de instituições financeiras nacionais ou estrangeiras, inclusive por meio de depósitos interfinanceiros;

III - receber recursos oriundos de fundos oficiais e, em caráter eventual, recursos isentos de remuneração ou a taxas favorecidas, de qualquer entidade, na forma de doações, empréstimos ou repasses;

IV - conceder créditos e prestar garantias, somente a associados, inclusive em operações realizadas ao amparo da regulamentação do crédito rural em favor de associados produtores rurais;

V - aplicar recursos no mercado financeiro, inclusive em depósitos à vista e depósitos interfinanceiros, observadas as restrições legais e regulamentares específicas de cada aplicação;

VI - proceder à contratação de serviços com o objetivo de viabilizar a compensação de cheques e as transferências de recursos no sistema financeiro, de prover necessidades de funcionamento da instituição ou de complementar os serviços prestados pela cooperativa aos associados;

VII - prestar, no caso de cooperativa central de crédito e de confederação de centrais:

a) a cooperativas filiadas ou não, serviços de caráter técnico, inclusive os referentes às atribuições tratadas no Capítulo VIII;

b) a cooperativas filiadas, serviço de administração de recursos de terceiros, na realização de aplicações por conta e ordem da cooperativa titular dos recursos, observadas a legislação e as normas aplicáveis a essa atividade; e

c) a cooperativas filiadas, serviço de aplicação centralizada de recursos, subordinado a política própria, aprovada pelo conselho de administração, contendo diretrizes relativas à captação, aplicação e remuneração dos recursos transferidos pelas filiadas, observada, na remuneração, proporcionalidade em relação à participação de cada filiada no montante total aplicado; e

VIII - prestar os seguintes serviços, visando ao atendimento a associados e a não associados:

a) cobrança, custódia e serviços de recebimentos e pagamentos por conta de terceiros a pessoas físicas e entidades de qualquer natureza, inclusive as pertencentes aos poderes públicos das esferas federal, estadual e municipal e respectivas autarquias e empresas;

b) correspondente no País, nos termos da regulamentação em vigor;

c) colocação de produtos e serviços oferecidos por bancos cooperativos, inclusive os relativos a operações de câmbio, bem como por demais entidades controladas por instituições integrantes do sistema cooperativo a que pertença, em nome e por conta da entidade contratante, observada a regulamentação específica;

d) distribuição de recursos de financiamento do crédito rural e outros sujeitos a legislação ou regulamentação específicas, ou envolvendo equalização de taxas de juros pelo Tesouro Nacional, compreendendo formalização, concessão e liquidação de operações de crédito celebradas com os tomadores finais dos recursos, em operações realizadas em nome e por conta da instituição contratante;

e) distribuição de cotas de fundos de investimento administrados por instituições autorizadas, observada a regulamentação aplicável editada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2015).

Desta ampla gama de atividades, percebe-se que atualmente as cooperativas de crédito em muito se assemelham aos bancos em razão dos serviços por elas prestados. Todavia, há que se destacar as diferenças entre estas instituições financeiras, inclusive as vantagens de cada uma delas.

5 DISTINÇÕES ENTRE COOPERATIVAS DE CRÉDITO E BANCOS COMERCIAIS

O artigo 17 da Lei nº 4.595, de 1964, traz o conceito de instituição financeira, nos seguintes termos:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros (BRASIL, 1964).

Porém, Salomão Neto (2014, p. 17) adverte da demasiada amplitude que o mencionado artigo confere às instituições financeiras, de tal forma que se interpretado em literalidade poucas atividades e empresas nacionais escapariam ao enquadramento como instituições financeiras. Assim, coube à doutrina especificar e aclarar o que seria considerado instituição financeira para fins legais. Lamy Filho e Pedreira (1992, p. 479) argumentam que “o traço característico das chamadas instituições financeiras é a captação de recursos do público em geral para investimentos financeiros, cujos resultados são atribuídos aos respectivos subscritores”.

Nesse contexto, e por força de sua própria natureza, as cooperativas de crédito são tidas por instituições financeiras, o que se reconhece no artigo 25 da Lei nº 4.594, de 1964, ao determinar que “as instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, constituir-se-ão unicamente sob a forma de sociedade anônima”. Consequentemente, e apesar da sua forma social constitutiva, as cooperativas de crédito classificam-se como instituição financeira. Todavia, não há de se confundi-las com bancos comerciais, pois as cooperativas de crédito:

[...] são organizações que têm por escopo desenvolver a chamada mutualidade. No setor creditício, sua finalidade consiste em propiciar empréstimo a juros módicos a seus associados, estando subordinadas, na parte normativa, ao Conselho Monetário Nacional e, na parte executiva, ao Banco Central. (ABRÃO, 2016, p. 66).

Destarte, assume-se do mutualismo a principal distinção entre cooperativas de crédito e bancos comerciais, cujo interesse é tipicamente privado, portanto, lucrativo.

Apesar de cooperativas de crédito e bancos serem agentes financeiros, há diferenças

fundamentais entre ambos os modelos que, por consequência, podem levar os interessados a optarem por um ou outro modelo. Para fins didáticos de melhor vislumbre das distinções entre esses agentes, nos utilizaremos do quadro elaborado por Meinen e Port (2014).

Quadro 1 - Título

<i>Bancos</i>	<i>Cooperativas de crédito</i>
α) São sociedades de capital	α) São sociedades de pessoas
β) O poder é exercido na proporção do número de ações	b) O voto tem poder igual para todos (uma pessoa, um voto)
χ) As deliberações são concentradas	c) As decisões são partilhadas entre muitos
δ) Os administradores são terceiros (homens de mercado)	d) Os administradores são do meio (associados)
ε) O usuário das operações é mero cliente	e) O usuário é o próprio dono (cooperado)
φ) O usuário não exerce qualquer influência na definição dos produtos e na sua precificação	f) Toda política operacional é decidida pelos próprios usuários/donos
γ) Podem tratar distintamente cada usuário	g) Não podem distinguir: o que vale para um vale para todos (art. 37 da Lei n. 5.764/71)
η) Preferem o público de maior renda e maiores corporações	h) Não discriminam, servindo a todos os públicos
ι) Priorizam os grandes centros (embora não tenham limitação geográfica)	i) Não restringem, tendo forte atuação nas comunidades remotas
φ) Têm propósitos mercantis	j) A mercancia não é cogitada (art. 79, parágrafo único, da Lei n° 5.764/71)
κ) A remuneração das operações e dos serviços não tem parâmetro/limite	k) O preço das operações e dos serviços tem como referência os custos e como parâmetro as necessidades de reinvestimento
λ) Atendem em massa, priorizando, ademais, o autosserviço	l) O relacionamento é personalizado/ individual, com o apoio da informática
μ) Não têm vínculo com a comunidade e o público-alvo	m) Estão comprometidas com as comunidades e os usuários
ν) Avançam pela competição	n) Desenvolvem-se pela cooperação
ο) Visam o lucro por excelência	ο) O lucro está fora do seu objeto, seja pela sua natureza, seja por determinação legal (art. 3° da Lei n° 5.764/71)
π) O resultado é de poucos donos (nada é dividido com os clientes)	p) O excedente (sobra) é dividido entre todos (usuários), na proporção de suas operações individuais, reduzindo ainda mais o preço final pago pelos cooperados e aumentando a remuneração de seus investimentos
θ) No plano societário são regidos pela lei das Sociedades Anônimas	q) São reguladas pela Lei Cooperativista e por legislação própria

Fonte: Meinen e Port (2012, p. 51).

Em que pese não ser objetivo do presente estudo discorrer de forma pormenorizada sobre as diversas distinções entre estes agentes financeiros, cumpre destacar algumas delas, por se considerar fundamentais para a sua compreensão.

A primeira das distinções a ser anotada é quanto à natureza jurídica dos bancos e das cooperativas de crédito, visto que os primeiros são sociedades de capital, enquanto estas são sociedades de pessoas. A diferenciação, neste aspecto, é sobre a importância dos atributos pessoais para a constituição da sociedade, uma vez que na sociedade de pessoas (no caso das cooperativas) eles [os atributos] são condições *sine qua non* para que se forme a sociedade, que se assenta sob a *affectio societatis*, correspondente à intenção das partes de contratarem reciprocamente com base na pessoa com quem se firma o contrato e de seus atributos pessoais. Já na sociedade de capital atributos pessoais como “as aptidões, a personalidade e o caráter dos sócios são irrelevantes, para o sucesso ou insucesso da empresa explorada pela sociedade.” (COELHO, 2014, p. 42).

Outro aspecto distintivo importante é quanto ao “peso” do voto, posto que nas sociedades cooperativas cada associado tem um voto, diferentemente do que ocorre nos bancos, em que o voto tem “peso” diferente, proporcionalmente ao número de ações de cada acionista. No cooperativismo tem-se, portanto, como efeito benéfico, a redução da disputa dos conflitos pelo poder de controle societário, inobstante não seja capaz de extingui-los. Tal aspecto impede, ainda, a criação de tratamento diferenciado entre os cooperados, de tal sorte que o que valer para um valerá para todos, como se observa, por exemplo, no artigo 37 da Lei nº 5.764, de 1971:

Art. 37. A cooperativa assegurará a igualdade de direitos dos associados sendo-lhe defeso:

I - remunerar a quem agencie novos associados;

II - cobrar prêmios ou ágio pela entrada de novos associados ainda a título de compensação das reservas;

III - estabelecer restrições de qualquer espécie ao livre exercício dos direitos sociais (BRASIL, 1971).

Ademais, há uma diferença fundamental na relação entre os associados e a cooperativa. Contrariamente ao que ocorre com os bancos, os associados não são simples clientes da cooperativa, mas, simultaneamente, sócios e destinatário dos serviços. Destarte, todos os cooperados estão aptos a participar das decisões de direção e na operacionalidade da própria cooperativa, podendo decidir, até mesmo, sobre a precificação dos serviços

Distinção relevante também é o não interesse lucrativo das sociedades cooperativas, o que Pontes de Miranda justifica na medida em que o fundamento do cooperativismo reside na superação das adversidades do capitalismo. Para o autor,

[...] há que ser respeitada a prevalência mutualística. Daí ter-se de refutar qualquer teoria ou opinião doutrinária que considere a mesma causa das sociedades cooperativas e a causa das sociedades lucrativas, que são tipicamente capitalistas. Mais se coopera, naquelas, para evitar o fim lucrativo de terceiros que para

lucrar. O fato de haver capital não pode ser base para se afirmar que há propósito capitalístico. Por vezes o capital da sociedade é para lutar contra atos alheios capitalísticos (MIRANDA, 1965, p.431-432).

O intuito das sociedades cooperativas é o de viabilizar condições para que os comerciantes de menor porte possam atuar e concorrer com as grandes empresas capitalistas em um cenário econômico menos desequilibrado. A não intencionalidade de lucro reflete esse ideal. Os associados não estariam reunidos para lucrar individualmente, mas sim para angariarem para si melhores condições econômicas que lhes permitam a superação das adversidades e injustiças existentes em ambiente concorrencial desigual e acirrado.

O eventual resultado financeiro positivo, conhecido por “sobras”, não é, pois, o fim da cooperativa, mas, corresponde ao excedente do aporte investido pelos associados e que não foi utilizado, razão pela qual deve ser devolvido aos cooperados na mesma proporção de seus investimentos, em padrões estabelecidos pela própria cooperativa, como acentua a Resolução nº 4.434, de 2015, do Banco Central do Brasil. Ademais, a eventual existência de sobras não é elemento essencial e nem caracterizador das cooperativas.

O cooperativismo de crédito traz, ainda, a vantagem de fomentar o desenvolvimento economicamente do grupo de cooperados, bem como da região em que se insere. Nesse sentido, basta atentar que os rendimentos das cooperativas, bem como os empréstimos aos associados, propiciam capital aos próprios cooperados. Esse capital, por sua vez, pode vir a retornar, como crescimento econômico, para os negócios dos cooperados (caso seja uma cooperativa de empresários) ou para o cotidiano da localidade, já que o ganho de capital aumenta a renda dos associados e, conseqüentemente, seu poder de compra e até de produção, o que faz movimentar a economia da região. Além disso, as cooperativas podem proporcionar um retorno intangível para os associados, na medida em que propiciam encontros entre os cooperados, o que, *per si*, já é potencialmente desenvolvedor de novos negócios.

Interessante ressaltar que nos próprios ideais cooperativistas está a responsabilidade social das cooperativas, que buscam não somente o desenvolvimento do cooperativismo como modelo econômico, mas também revelam o intuito educativo e emancipador dos próprios cooperados, visto que os ganhos e investimentos no sistema cooperativo propiciam retornos positivos para a coletividade.

CONCLUSÃO

A opção constitucional pelo estímulo ao cooperativismo é reflexo de um processo histórico, que remete à matriz de desenvolvimento do Estado liberal. O movimento cooperativo surge como forma de superação das adversidades oriundas do capitalismo, que se revelou, em sua dinâmica clássica, prejudicial à sociedade. Ao longo do século XIX, trabalhadores urbanos e rurais não usufruíam dos benefícios daquele modelo socioeconômico, posto que a renda se concentrava em pequena parcela social, detentora dos meios de produção.

O cooperativismo surgiu no continente europeu e, rapidamente, expandiu-se como alternativa econômica voltada para o desenvolvimento. Apesar de ter sido inaugurado como meio para promover maior poder de consumo aos associados, a cooperação com vistas à concessão creditícia a taxas de juros e encargos menores que aqueles cobrados pelos detentores de capital logo se revelou bastante viável para os pequenos produtores e trabalhadores urbanos e rurais necessitados de crédito. Em pouco tempo, o cooperativismo de crédito teve alta expressão nos diversos Estados do continente europeu, apresentando pequenas distinções formais entre os modelos espontaneamente instituídos.

O estímulo ao cooperativismo de crédito relaciona-se à importância da atividade financeira como elemento propulsor de desenvolvimento, o que o torna objeto de intervenção estatal. Contudo há várias espécies de instituições financeiras, sendo os bancos e as cooperativas de crédito as mais comumente encontradas no âmbito privado. Todavia, há diferenças fundamentais entre ambas que podem influenciar a escolha dos cidadãos e das pessoas jurídicas interessadas na obtenção de crédito.

Contudo, o Estado, na qualidade de agente fomentador de políticas públicas, tem, no cooperativismo de crédito, um modelo social e economicamente atrativo para promover crescimento econômico com equidade socioeconômica.

Dentre as vantagens apresentadas pelo cooperativismo de crédito destacam-se: a) a condição simultânea de sócio e cliente das sociedades cooperativas, visto que os próprios usuários do serviço podem participar do processo decisório, inclusive não havendo distinção quanto ao peso de seus votos, que independem da quantidade de capital do associado; b) a pessoalidade em relação a quem se contrata, sendo elemento valorativo nas sociedades cooperativas, de forma que interessam-lhes os atributos pessoais dos sócios, o que é interessante quando considerado o interesse de ajuda e auxílio mútuos dos próprios associados; c) o interesse não lucrativo das sociedades cooperativas, o que resulta na redução da remuneração dos serviços por ela prestados em comparação com os bancos comerciais, o que beneficia toda a economia, uma vez que a concorrência leva à redução dos preços; d) a concessão creditícia por intermédio do sistema de cooperação permite que o destinatário se utilize do crédito mais vantajosamente concedido para reaplicá-lo em seu empreendimento econômico ou para a quitação de suas dívidas perante outros credores, o que propicia a circulação de riquezas pelo menor custo e incentivo à produção e ao consumo.

A conjunção dessas vantagens, notadamente o menor custo dos serviços e a possibilidade de participação no processo decisório, influenciam na opção do interessado por tornar-se associado às cooperativas de crédito, o que induz o crescimento do sistema cooperativo. Porém, a mera demanda pelo cooperativismo não é suficiente para a sua adequada utilização como elemento de viabilização do desenvolvimento socioeconômico, fazendo-se necessária a adoção de políticas públicas que o estimulem.

Há de se destacar, ainda, como razões para o estímulo ao cooperativismo, os valores sobre os quais ele se sustenta. Valores como: a) a solidariedade que se revela no auxílio mútuo entre os cooperados e entre estes e a sociedade, o que torna a concorrência não depredatória; b) a liberdade de empreendedorismo existente entre as atividades dos associados em relação à cooperativa; c) o senso de equidade entre os associados e entre estes e a sociedade, dados os diversos programas sociais e de capacitação que podem ser promovidos no contexto da atividade cooperada. O reconhecimento desses valores leva à mudança da percepção individual e coletiva em relação à economia e, a longo prazo, permite criar bases ideológicas para o desenvolvimento na conjugação de seus três pilares: geração de riqueza pelo empreendedorismo inovador, equidade socioeconômica e proteção e preservação ambiental.

A constatação do aumento numérico do sistema cooperativo mesmo num cenário de recessão econômica demonstra sua aptidão para a promoção de crescimento socioeconômico. Ademais, o modelo de cooperativismo de crédito auxilia os associados em crise, pois lhes propicia fonte de crédito, sujeita à fiscalização do Banco Central do Brasil, o que representa garantia ao não colapso do sistema.

Ressalta-se, também, a peculiaridade de que o crédito concedido é utilizado na própria região, de sorte que a circulação de riqueza local e regional aumenta, o que representa efeito benéfico para o desenvolvimento econômico territorialmente descentralizado. Logo, o cooperativismo de crédito detém alta potencialidade para atuar na redução de desigualdades socioeconômicas no contexto federativo, mantendo, assim, plena sintonia com o sistema constitucional vigente.

Destarte, entende-se que o cooperativismo de crédito compreende interessante proposta de desenvolvimento sócio-econômico para os associados e até mesmo de desenvolvimento regional, uma vez que fomenta a circulação de riquezas.

Deste modo, consta-se que a hipótese apresentada como resposta ao tema-problema foi verificada ao longo do trabalho. O sucesso que o cooperativismo de crédito encontrou em diversos Estados, aliado aos valores que o norteiam e às vantagens subjetivas e coletivas que ele propicia, são instrumentos hábeis para propiciar que o Estado implemente políticas públicas para fomentá-lo de modo adequado e eficiente e de maneira a concretizar o princípio normativo-programático do artigo 174, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, de estímulo ao cooperativismo, notadamente em seu vertente de crédito.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução nº 4.434, de 5 de agosto de 2015*. Dispõe sobre a constituição, a autorização para funcionamento, o funcionamento, as alterações estatutárias e o cancelamento de autorização para funcionamento das cooperativas de crédito

e dá outras providências. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48507/Res_4434_v1_O.pdf>. Acesso em:

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em:

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em:

BRASIL. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm>. Acesso em:

BRASIL. *Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5764.htm>. Acesso em:

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

COURI, Sérgio. *Liberalismo e societalismo*. Brasília: Unb, 2001.

DERZI, Mizabel de Abreu Machado. *Tipo ou conceito no direito tributário?* Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1988.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

IRION, José Eduardo Oliveira. *Cooperativismo e economia social*. São Paulo: STS, 1997.

KOSLOVSKI, João Paulo. A evolução histórica das cooperativas de crédito. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord.). *Cooperativas e tributação*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 19-32.

KRUEGER, Guilherme. As cooperativas como sociedades simples. In: KRUEGUER, Guilherme (Org.). *Cooperativismo e o novo código civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 90-105.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MEINEN, Ênio; PORT Márcio. *Cooperativismo financeiro, percurso histórico, perspectivas e desafios*. Brasília Editora Confedbras, 2014.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. Tomo XLIX.

MORENO, Maria de Jesús Egido. *Cooperativas de crédito em la comunidad autónoma del País Vasco e Navarra: retos e futuros*. San Sebastian: Universidad del País Vasco: Instituto del

Derecho Cooperativo y Economía Social, 1999.

OLIVEIRA, Alexandre Miranda. A evolução do cooperativismo de crédito no Brasil e na Europa: algumas considerações para o seu fortalecimento. In: LEITE, Jacqueline Rosadine de Freitas; SENRA, Ricardo Belízio de Faria (Org.). *Aspectos jurídicos das cooperativas de crédito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 21-53.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A constituição juridicamente adequada*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

PEINADO, Lineu Bonora. Cooperativas de Crédito. In: ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli; BRAGA, Ricardo Peake. *Cooperativas à luz do código civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 71-93.

PEREIRA, João Batista Brista. Cooperativas, uma alternativa. In: ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli; BRAGA, Ricardo Peake. *Cooperativas à luz do código civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 97-131.

PINHEIRO, Marcos Antônio Henriques. *Cooperativas de crédito: história da evolução normativa no Brasil*. 6. ed. Brasília: BCB, 2008.

PRADO, Flávio Augusto Dumont. *Tributação das cooperativas à luz do direito cooperativo*. Curitiba: Juruá, 2011.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Cooperativismo à luz dos princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2011.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SINGER, Paul. *Introdução à economia solidária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

VASCONCELOS, Francisco das Chagas. *Cooperativas: coletânea de doutrina, legislação, jurisprudência e prática*. São Paulo: Iglu, 2001.

WEIL, Pierre. *A nova ética*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1994.

Como citar: FRADE, Eduardo Silveira; OLIVEIRA, Márcio Luís. Cooperativismo de crédito: uma alternativa de desenvolvimento socioeconômico. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 153-174, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 153. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 04/07/2018

Aprovado em: 07/11/2018

RESPONSABILIDADE CORPORATIVA COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

CORPORATE RESPONSIBILITY AS A TOOL FOR SOCIO-ECONOMIC DEVELOPMENT

Jeferson Sousa Oliveira*
Marcelo Benacchio**

* Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito - EPD. Especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Pesquisador bolsista da CAPES. E-mail: jeferson@joliveiraadv.com.br

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. professor permanente do Mestrado em Direito e da Graduação da Universidade Nove de Julho-UNINOVE. Professor Convidado da Pós-Graduação lato sensu da PUC/COGEAE e da Escola Paulista da Magistratura. Prof. Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. E-mail: benamarcelo@gmail.com

Como citar: OLIVEIRA, Jeferson Sousa; BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade corporativa como ferramenta de desenvolvimento socioeconômico. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 13, n. 3, p. 175-188, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 175. ISSN: 1980-511X.

Resumo: Com o desenvolvimento do capitalismo e o advento da globalização, o mundo experimentou uma evolução comercial nunca antes vislumbrada, a qual não foi capaz de levar o pleno desenvolvimento à humanidade, marcando-a com novas mazelas comumente ignoradas por aqueles que detêm o poder econômico. Objetiva-se assim, analisar a amplitude e necessidade da responsabilização das companhias em decorrência do exercício de sua atividade. Vale-se do método hipotético-dedutivo. Conclui-se que a responsabilidade corporativa é uma ferramenta de gestão essencial para a redução dos problemas sociais modernos, propiciando um mercado mais humanizado.

Palavras-Chave: Direito econômico; Responsabilidade social; Direitos humanos; Desenvolvimento.

Abstract: With the development of capitalism and the advent of globalization, the world experienced a commercial evolution never before seen. Unfortunately, this advancement did not thoroughly help humanity as many ills were and are being ignored by those who hold economic power. In light of this, the objective of this paper is to analyze the extent and necessity of a companies' responsibility as a result of their corporate activities. This study uses the hypothetical-deductive method. Finally, this research concludes that corporate responsibility is an essential management tool for reducing modern social problems as it provides for a more humanized market.

Key-words: Law and economics; Social responsibility; Human rights; Development.

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da atividade econômica ao longo dos séculos, a humanidade gradativamente caminhou rumo à integração do mercado, refletindo modernamente na globalização.

Até o advento da globalização, o capitalismo passou por diversas mudanças conforme os anseios sociais da época, o que resultou em diferentes formas de proteção da coletividade ao abuso do poder econômico.

Partindo do não intervencionismo estatal no mercado, cada vez mais sua intervenção foi requerida a fim de impedir que violações aos direitos individuais e coletivos ocorressem, não tendo sido possível, em contraposição, limitar a perpetração de severas discrepâncias econômicas na sociedade.

Com o passar do tempo, o Estado se mostrou incapaz de preservar de forma plena a dignidade humana, comumente sacrificada em nome do desenvolvimento puramente econômico.

Assim, o neoliberalismo surge como uma proposta que permite o Estado guiar as relações de mercado rumo à consecução dos interesses nacionais, propiciando o desenvolvimento social.

Ocorre que a maneira como a atividade comercial passou a ser desempenhada no mundo globalizado impede que a sociedade se desenvolva da maneira ideal, exigindo o sacrifício de muitos para assegurar o bem-estar de poucos.

Isso fez com o que acúmulo de riqueza tomasse o protagonismo do mercado, deixando de ser um instrumento para o desenvolvimento e se tornando um fim em si mesmo, colocando os valores humanos em segundo plano.

Com esse câmbio de valores, a função social das empresas passou a se limitar apenas ao seu objetivo precípua, gerar lucro, atendendo apenas aos interesses de seus investidores, deixando de lado qualquer outro.

No entanto, com o desenvolvimento social estando cada vez mais distante, passou-se a buscar maior amplitude na responsabilização das companhias pelos efeitos negativos de seus atos de mercado e pela centralização de toda a riqueza gerada.

Deste modo, servir ao desenvolvimento social se tornou mais que um anseio social, mas uma obrigação moral que deve ensejar a adoção de um modelo de gestão empresarial preocupado em garantir a correta observância dos Direitos Humanos, sem permitir que o capital gere segregação entre as pessoas.

Destarte, a partir de uma visão macroeconômica, busca-se analisar os efeitos negativos do mercado sobre o desenvolvimento social e eventual necessidade de mudança na maneira como as corporações têm se responsabilizado por suas atividades negociais. Para tanto, vale-se do método hipotético-dedutivo, bem como de revisão bibliográfica a fim de versar sobre a temática ora proposta.

1 GLOBALIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS SOCIAIS

Com a evolução da sociedade muitos valores comuns passaram por mudanças, tornando as relações interpessoais ainda mais frequentes, principalmente quando dotadas de caráter comercial.

Indiscutivelmente, a globalização como se conhece atualmente, é fruto da exploração da atividade econômica, a qual passou por significativas mudanças nos últimos séculos, em especial, por conta do modelo econômico adotado em grande parte do planeta.

O capitalismo, hoje, o modelo econômico mais adotado no mundo, teve sua raiz teórica idealizada por Adam Smith, em 1776, com a publicação da obra *A Riqueza das Nações*.

O referido teórico defendia que o mercado seria capaz de se autorregular, sendo necessária a intervenção estatal apenas para mantê-lo em pleno funcionamento, o que proporcionaria melhores condições financeiras à sociedade e conseqüentemente seu desenvolvimento.

Se valendo dessa premissa, muitas empresas despontaram no cenário econômico ocidental, explorando tudo o que o capitalismo tinha a lhes oferecer.

Com isso, não demorou até que os efeitos da atividade comercial predatoriamente explorada comesçassem a afetar a sociedade, gerando discrepâncias econômicas consideráveis entre os donos dos meios de produção e aqueles que vendiam sua força de trabalho.

O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a ideia de poder econômico. Na práxis, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios - o princípio do livre mercado -, passaram e desde então permanecem a controlar os mercados (GRAU, 2015, p. 22).

Ante o clamor social por melhorias na qualidade de vida, as quais não vieram com o capitalismo puro, surge o socialismo, e mais tarde, como resposta, emerge o Estado do Bem-Estar Social.

Neste, embora o modelo liberal ainda fosse o sistema econômico largamente adotado no ocidente, o Estado tomou para si o dever de amparar a sociedade frente aos abusos do mercado, o que acabou por onerar seus cofres.

“O estado de bem-estar tinha de arcar com os custos marginais da corrida do capital pelo lucro e tornar a mão-de-obra deixada para trás novamente empregável - um esforço que o próprio capital não empreenderia ou não poderia empreender.” (BAUMAN, 1998, p. 51).

Tal modelo de gestão pública se mostrou custoso e ineficiente em muitos países, ensejando mudanças consideráveis na maior parte deles. Para tanto, John Maynard Keynes surge como teórico do neoliberalismo, propondo a instituição de um dirigismo estatal sobre o mercado a fim de que o mesmo passasse a contribuir para o efetivo desenvolvimento social e para a redução das já consolidadas discrepâncias econômicas.

Mesmo com as mudanças na maneira como a sociedade foi tratada pelo mercado ao longo dos anos, este se mostrou plenamente ativo, ensejando uma célere intensificação de suas relações e pouca preocupação com o bem-estar coletivo.

Assim, desde o surgimento do liberalismo, “a economia tem impulsionado a globalização,

especialmente por meio do barateamento das comunicações e dos transportes.” (STIGLITZ, 2007, p. 63).

Não demorou muito até que o mundo se globalizasse, tornando internacional grande parte das relações negociais, e novamente prometendo que o desenvolvimento financeiro atingiria a todos.

Deste modo, com o surgimento da globalização e a popularização da *internet*, o fluxo de capital, pessoas e bens atingiu um novo patamar, um nunca antes vislumbrado na história humana.

Isso agravou ainda mais a condição social de milhões de pessoas ao redor do planeta, em especial devido ao modelo de atuação empresarial transnacionalizado, pautado na mobilidade (BAUMAN, 1999), deixando ao Estado anfitrião apenas as consequências da atividade explorada, sem compartilhar suas benesses.

Entretanto, buscando o desenvolvimento econômico, assim como as companhias privadas, muitos países instituíram empresas públicas para explorar setores essenciais sob o regime de monopólio ou tão somente para concorrer com a iniciativa privada. Assim, pode-se observar que “o Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico.” (GRAU, 2015, p. 19).

Em tal condição, é possível compreender que “a cooperação entre Estado e mercado no capitalismo é a regra; o conflito entre eles, quando acontece, é a exceção.” (BAUMAN, 2010, p. 31).

Logo, em face do capitalismo, o bem-estar social foi deixado de lado, tornando-se mera consequência do acúmulo de riqueza, enquanto, na verdade, o acúmulo de riqueza deveria ser utilizado para propiciar o bem-estar de todos.

Algunos han saludado la globalización como el bálsamo de todos los males, mientras que otros la han estigmatizado como el principio del fin. Aunque, como casi todo en la vida, la globalización presenta claroscuros, lo que está claro es que es un fenómeno inevitable. La liberalización de los mercados y el desarrollo de las tecnologías de la información han propiciado el avance imparable de la globalización (SANTONJA, 2009, p. 39).

Tem-se assim que custo por deixar o capitalismo agir conforme seus interesses é a autodestruição do mercado e o sacrifício da dignidade humana em nome do acúmulo de uma riqueza que só existe para uma pequena minoria.

Com isso, ante a ilusória ideia de desenvolvimento pregada pelo capitalismo, os agentes exploradores da atividade econômica restringiram sua função social a gerar lucro, eximindo-se de qualquer outra responsabilidade pelos efeitos negativos do negócio.

Essa ausência de comprometimento empresarial acabou por afetar as relações laborais, o equilíbrio do meio ambiente, o próprio regime concorrencial e o bem-estar coletivo como um todo.

Segundo Carlos Ayres Britto (2016, p. 45), “[...] o presente modelo de globalização reduz

tão sistematicamente postos de trabalho para o homem de baixa instrução escolar que já se pode dizer que a luta de classe, hoje, é entre desempregados e desempregadores.”

E mais: a *globalização* ameaça a sociedade civil, na medida em que: (i) está associada a novos tipos de exclusão social, gerando um subproletariado (*underclass*), em parte constituído por marginalizados em função da raça, nacionalidade, religião ou outro sinal distintivo; (ii) instala uma contínua e crescente competição entre os indivíduos; (iii) conduz à destruição do serviço público (= destruição do espaço público e declínio dos valores do serviço por ele veiculados). Enfim, a *globalização*, na fusão de competição global e de desintegração social, compromete a liberdade (GRAU, 2015, p. 49).

Nessas condições, conceber um conceito mais amplo de função social da empresa mostra-se uma necessidade imediata, pois ao mesmo tempo em que a globalização implicou no crescimento das relações comerciais, resultou no enfraquecimento da defesa de direitos individuais, coletivos e sociais por todo o mundo moderno.

Não basta ainda que haja ideais teóricos sem uma efetiva responsabilização social das companhias pelo uso de recursos humanos e naturais, devendo os frutos da atividade comercial beneficiar reflexamente à sociedade, ou então diferentes povos tenderão a se insurgir contra o sistema capitalista e a globalização.

Não admira então que o primeiro grande protesto moderno contra a globalização, ocorrido em Seattle, em dezembro de 1999, no que deveria ser o começo de uma nova rodada de negociações sobre o comércio que levaria a uma maior liberalização, tenha sido uma surpresa para os defensores dos mercados abertos. A globalização havia conseguido unir gente de todo o mundo - contra a globalização. Os operários fabris dos Estados Unidos viam seus empregos ameaçados pela concorrência da China. Os agricultores de países em desenvolvimento viam seus empregos ameaçados pelos altos subsídios agrícolas americanos. Os trabalhadores da Europa viam a proteção do emprego, conquistada a duras penas, sendo atacada em nome da globalização. Os militantes contra a aids viam os novos acordos comerciais aumentando o preço dos remédios a níveis fora do alcance para boa parte do mundo. Os ambientalistas sentiam que a globalização punha em perigo sua luta de uma década para estabelecer regulamentações a fim de preservar nossa herança natural. Aqueles que queriam proteger e desenvolver suas heranças culturais também percebiam a intrusão da globalização. (STIGLITZ, 2007, p. 66-67).

Como aduzido, com o acesso à *internet*, diversos grupos sociais passaram a ter maior facilidade para se organizar em prol de um ideal comum, o que torna ainda mais efetivo qualquer requerimento social aos suprimento de seus anseios.

“Al igual que han contribuido a la globalización del comercio y de las empresas, las nuevas tecnologías han multiplicado las posibilidades de interrelación entre los miembros más activos de la sociedad civil. La sociedad civil se ha organizado y se ha globalizado.” (SANTONJA, 2009,

p. 39).

Destarte, fazer cumprir a função social da empresa nada mais é do que um dever moral que vem ganhando respaldo legal em diversos Estados, de modo a contribuir para a promoção e manutenção da dignidade humana, bem como para que se possa ter maior proveito de tudo o que o capitalismo pode oferecer ao mundo globalizado.

2 ATIVIDADE ECONÔMICA E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Como versado, o capitalismo pregou um desenvolvimento social nunca alcançado, pelo contrário, tem se mostrado cada vez mais distante, ante o aumento das discrepâncias econômicas entre ricos e pobres.

E é sob esse enfoque que se entende que o desenvolvimento deve estar pautado na égide da função social da empresa, vez que em virtude de seu elevado poder econômico, as companhias acabam por adquirir maior responsabilidade com relação ao meio no qual estão inseridas, devendo assim agir de maneira a promover o bem-estar coletivo.

Ademais, auxiliar no desenvolvimento social ganha uma face moral à medida que muitas companhias abusam do seu poder econômico para conquistar vantagens que de outra forma não teriam acesso.

Com isso, os interesses financeiros das companhias sobrepõem-se aos sociais, sendo defendidos ou simplesmente tolerados pelo Estado.

“O fato é que a apologia ideológica do mercado é produzida em função exclusivamente do interesse do investidor, que é o de baixar os custos que oneram a empresa (os salários, os tributos e as cargas sociais).” (GRAU, 2015, p. 47).

Embora beneficiar aqueles que não são investidores seja considerado um dispêndio econômico, deve-se compreender que o lucro é gerado a partir da sociedade, razão está que reafirma a necessidade da adoção de uma atuação econômica mais humanizada, até mesmo porque o capitalismo possui o desenvolvimento social como seu fim primordial.

Sabendo que das cem maiores economias do mundo, vinte nove são empresas privadas (SANTONJA, 2009), questiona-se a quem estas estão a servir, se não a uma pequena minoria.

Assim, reduzir o desenvolvimento a um seleto grupo nada mais é do que contrapor-se aos ideais humanistas, tornando o acúmulo de capital um fim, enquanto deveria ser apenas um meio.

Diferentemente do que se possa imaginar, o Estado não é capaz de sozinho garantir a manutenção da dignidade humana - como se pôde notar com a evolução do capitalismo - mas tão somente de estabelecer os limites e as condições nas quais a economia deve se desenvolver sem causar danos irreversíveis à sociedade.

Nessa linha, evidenciando a incapacidade estatal de promover o pleno desenvolvimento social, Joseph Eugene Stiglitz (2007, p. 84) aponta que “um país talvez queira elevar o salário mínimo, mas descobre que não pode porque as empresas estrangeiras que nele operam decidirão

mudar-se para um país com salários mais baixos.”

Tal situação é reflexo da grandeza do poder econômico das transnacionais e da maneira como elas são capazes de influenciar na tomada de decisões de um governo, tornando o Estado refém de seus interesses.

Nessa condição, embora a função social teoricamente possua uma natureza humanista, inegavelmente é possível afirmar “numa frase, o humanismo dos dias atuais ainda é mais *de fachada* do que autêntico.” (BRITTO, 2016, p. 45).

Assim, manter o exercício da atividade econômica sem efetivar uma real gestão empresarial pautada na função social e na promoção do bem-estar coletivo, visando reduzir as desigualdades sociais e preservar a dignidade humana, é o mesmo que conviver em tempos modernos com o liberalismo econômico travestido de neoliberalismo, vez que os Estados acabaram por se curvar aos interesses do mercado.

Além disso, o capitalismo falha escandalosamente em sua capacidade de gerar empregos, de oferecer segurança aos que consegue empregar e de alentar os empregados com as perspectivas de melhores salários. Aumentam significativamente as desigualdades, tanto nas sociedades desenvolvidas quanto nas regiões periféricas (GRAU, 2015, p. 51).

Diante desse cenário torna-se difícil acreditar que as empresas já estejam cumprindo com sua função social, haja vista ainda estarem contribuindo para o aumento da desigualdade financeira no mundo e não demonstrarem qualquer contramedida capaz de assegurar uma vida digna àqueles que a eles estão de alguma maneira relacionados.

Como aduzido, os efeitos negativos da falta de humanização do mercado não afetam apenas o países não desenvolvidos, mas também aqueles entendidos como potências econômicas, o que pode ser notado quando se considera que “mais de 5 milhões de britânicos se encontram em estado de pobreza absoluta.” (GRAU, 2015, p. 53).

Nos países mais ricos é demasiado comum haver pessoas imensamente desfavorecidas, carentes das oportunidades básicas de acesso a serviços de saúde, educação funcional, emprego remunerado ou segurança econômica e social. Mesmo em países muito ricos, às vezes a longevidade de grupos substanciais não é mais elevada do que em muitas economias mais pobres do chamado Terceiro Mundo (SEN, 2010, p. 29).

Assim, a existência e o cumprimento da função social da empresa passam a ser mais um anseio coletivo ante a maneira predatória como o mercado tem se portado, principalmente a partir do advento da globalização, sem que o desenvolvimento alcançasse a todos.

Quem mais tem sentido os efeitos do mercado são os Estados não desenvolvidos, ante o grande número de pessoas que vivem em condições aquém do considerado digno à espécie

humana.

“Em anos recentes, a América Latina e a Rússia também ficaram desapontadas com a globalização. Elas abriram seus mercados, mas a globalização não cumpriu suas promessas, especialmente para os pobres.” (STIGLITZ, 2007, p. 71-72).

Logo, uma atuação empresarial descomprometida com a função social não condiz com a própria ideia de desenvolvimento humano, prendendo a companhia em ideais individualizados, sob uma perspectiva microeconômica, causando grandes danos ao meio no qual se faz presente.

Importante destacar ainda que cumprir a função social não é apenas eximir-se de prejudicar a condição humana, mas também adotar um posicionamento ativo, visando agregar um valor coletivo à atividade desempenhada (GRAU, 2015).

É pertinente ainda destacar que a pobreza gerada pela centralização do capital afeta a toda a sociedade perante seus próprios pares, criando discriminação e segregação entre aqueles que podem ou não consumir, lançando indivíduos à margem do amparo estatal e rumo à marginalização.

Cada vez mais, *ser pobre* é encarado como um crime; *empobrecer*, como o produto de predisposições ou intenções criminosas - abuso de álcool, jogos de azar, drogas, vadiagem e vagabundagem. Os pobres, longe de fazer jus a cuidado e assistência, merecem ódio e condenação - como a própria encarnação do pecado (BAUMAN, 1998, p. 59).

Percebe-se que no mundo globalizado, desenvolvido ao redor do mercado, a pobreza ainda é uma ameaça constante na vida de inúmeras famílias, assombrando-as ante a rejeição social e à exclusão do mercado consumista.

Longe de ser uma exceção, a pobreza é uma realidade mundial, atingindo milhões de pessoas ao redor do planeta. Com isso, a ausência de desenvolvimento econômico é capaz de ceifar qualquer perspectiva de dias melhores, tomando a dignidade de muitos pelo bem de pouco abastados financeiramente.

Não é demais pensar na gravidade da concentração de renda quando se tem que mais de dois terços da população mundial vive abaixo da linha da pobreza, recebendo menos de dois dólares por dia (SANTONJA, 2009).

“A essa altura, já ficou claro que a abertura dos mercados (redução das barreiras ao comércio, abertura aos fluxos de capital) por si só não ‘resolverá’ os problemas da pobreza, e pode até piora-los. O que é preciso é mais ajuda e um regime de comércio mais justo.” (STIGLITZ, 2007, p. 76).

Assim, é possível notar que o mero incentivo para que mais pessoas integrem o mercado não será o suficiente para melhorar a fragilizada condição humana, sendo necessário pensar mais além e efetivar ações capazes de propiciar uma real existência digna a todos os povos, não se

limitando apenas a divagações teóricas.

3 RESPONSABILIDADE CORPORATIVA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Como apontado, a maneira como o capitalismo tem sido utilizado nos últimos séculos acabou por colocar o desenvolvimento social em segundo plano, ofuscado pelo desenvolvimento econômico de poucos.

Tal situação é reflexo do egoísmo típico das relações comerciais e seu caráter predatório, onde o mais forte busca se manter em destaque ditando as regras do mercado. Isso afetou a diferentes povos, ao passo que “[...] a pobreza no mundo em desenvolvimento aumentou nas duas últimas décadas.” (STIGLITZ, 2007, p. 71).

Essa condição deve-se ao fato de que os agentes que exploram a atividade econômica, embora acreditem cumprir com sua função social, estão longe de agir com a amplitude necessária para sanar os problemas sociais trazidos pela globalização e pela intensificação das relações negociais.

Como destacado, as companhias não tendem a se preocupar com os reflexos de suas atividades, considerando apenas aspectos atinentes ao seu próprio bem-estar e na consecução de seus objetivos precípuos.

Nessa linha, Eros Roberto Grau (2015, p. 48) afirma que “o capitalismo é essencialmente conformado pela *microrracionalidade* da empresa, não pela *macrorracionalidade* reclamada pela sociedade.”

E é com base nesse aspecto que se entende que a função social não está sendo efetivamente cumprida, devendo assim haver maior responsabilização corporativa quanto aos efeitos negativos de sua atividade comercial, bem como, a adoção de um modelo de gestão empresarial que opte por um posicionamento ativo, auxiliando o Estado na promoção de um real desenvolvimento socioeconômico.

El modelo capitalista y la Responsabilidad Social de la Empresa (RSE), también llamada Responsabilidad Corporativa (RC), está en el centro del debate económico, social y político en todo el mundo desarrollado. Existen grandes controversias sobre su alcance en el ámbito de la empresa y se plantea la pregunta de si estamos ante una auténtica, potente y novedosa herramienta de gestión empresarial que comporta una nueva economía de la empresa y, como consecuencia de ello, se abre paso una reformulación del modelo capitalista liberal (SANTONJA, 2009, p. 27).

Acredita-se, com isso, que as empresas devem contribuir com o desenvolvimento dos diferentes povos, vez que constantemente estão a explorar recursos naturais e humanos em prol de sua atividade.

Ou seja, auxiliar o Estado na promoção do desenvolvimento humano é uma dever

moral, constituindo-se em uma contrapartida pelos danos causados a fim de descentralizar o real desenvolvimento trazido pelo mercado.

Tal contrapartida pode assumir diferentes aspectos, dentre eles, o ambiental. Assim, evitar agir de maneira a não degradar o meio ambiente de forma predatória se mostra de suma importância, pois o mesmo é dotado de essencialidade para a manutenção a vida no planeta.

Logo, desequilibrar o ecossistema, colocando em risco toda a vida existente em nome do acúmulo de capital não demonstra ser algo razoável, até mesmo porque o capital deve ser usado para promover uma existência digna a todos.

Por outro lado, como destacado, a exclusão social gerada em nome do capital demonstra a natureza humana, dotada de ganância e sedenta por poder, segregando seus próprios pares.

A pior parte da exclusão gerada pelo capitalismo é o fato de que muitos se negam a tentar compreender o problema e buscar meios de sana-lo, limitando-se apenas a ignora-lo sob a esperança de não serem atingidos por seus efeitos.

Assim, afirma Stiglitz (2007, p. 72-73) que “os pobres têm poucas oportunidades para se manifestar. Quando falam, ninguém escuta; quando alguém escuta, a resposta é que nada pode ser feito; quando lhes dizem que algo pode ser feito, isso nunca acontece.”

Tal condição está longe de ser a ideal para uma vida digna, vez que o mercado hierarquizou a sociedade entre aqueles que podem consumir e aqueles não podem, desumanizando-a, tornando valores patrimoniais mais importantes que valores humanos, ao invés de promover o desenvolvimento financeiro.

Pois o certo é que o humanismo não se tem feito acompanhar senão de uma prática muito aquém dos prometidos *mundo e fundos*. Tem sido algo muito mais retórico do que real. Bom para a auto-estima das pessoas patrimonializadas e dos países ditos desenvolvidos, mas incapaz de esconder a vexatória verdade de que somente uma micro-minoria de seres é que vive de regular para ótimo. Já a macro-maioria, muito ao contrário, vive mesmo é de ruim para péssimo (BRITTO, 2016, p. 44, grifo do autor).

Com isso, surge o direito para declarar a condição de dignidade inata aos seres humanos (BRITTO, 2016), tentando por um limite aos danos sociais gerados pelo mercado e pela ausência de responsabilização social das companhias, evitando que a humanidade seja tratada como insumo na cadeia produtiva.

“Embora assumida concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos.” (GRAU, 2015, p. 193).

Assim, a conscientização dos investidores e dirigentes empresariais deve ter por base o respeito aos Direitos Humanos, internacionalmente reconhecidos como essenciais a todas as pessoas no planeta.

Tomar os Direitos Humanos como referência, principalmente para as transnacionais, torna

mais homogênea as atividades positivas a serem realizadas pelas companhias, possibilitando ainda a adoção de ações específicas conforme cada povo anseie, reduzindo suas mazelas.

Importante esclarecer ainda, que a nível internacional inexistente qualquer tipo de normatização que estabeleça sanções às companhias pelas violações a Direitos Humanos ocorridas no exercício de sua atividade, deixando-as a cargo de sua própria ética, quando não à legislação interna dos Estados.

No mais, “a ideia de que empresas poderiam ter responsabilidades relativas aos direitos humanos, independentemente de exigências legais em seus países de atuação, é nova e ainda não é aceita universalmente.” (RUGGIE, 2014, p. 28).

Vale mencionar, que ainda na década de 1990, a União Europeia publicou a chamada “Resolução sobre as normas da UE para as empresas europeias que operam nos países em desenvolvimento: para um Código de Conduta Europeu” (UNIÃO EUROPEIA, 1999).

Tal instrumento visa, conforme seu nome sugere, estabelecer um código de conduta a ser seguido pelas transnacionais europeias que atuam em países em desenvolvimento, tratando-se de recomendações que almejam contribuir para a redução das desigualdades sociais e maior respeito à dignidade humana.

Com isso, a partir da visão de Amartya Sen (2010), entende-se que é importante dar valor a outros elementos que não apenas àqueles relativos ao mercado, haja vista a vida humana se constituir de relações e liberdades de natureza social, financeira, política e outras mais, capazes de agregar conteúdo à dignidade humana.

Ademais, a sociedade global espera das companhias muito mais do que tem sido feito (SANTONJA, 2009), pois o cumprimento de sua função social nos moldes atuais ainda não foi capaz de impedir o aumento dos males econômicos modernos.

Como é de se imaginar, mudanças ensejam resistência, e com essa não será diferente, principalmente por envolver a redução do lucro ante o dispêndio de capital no custeio de atividades sociais.

“Aqueles que se beneficiam do sistema atual resistirão à mudança, e eles são muito poderosos. Mas as forças a favor da mudança já foram postas em movimento. Haverá reformas, mesmo que sejam graduais e parceladas.” (STIGLITZ, 2007, p. 74-75).

É importante destacar que uma sociedade que possui pleno desenvolvimento está mais apta a manter o mercado em funcionamento, tornando-o rentável para as companhias, em virtude do aumento de consumidores.

Mesmo que a globalização não seja algo visível na vida de muitos, a todos ela atingiu, ainda que de forma indireta, pois inevitavelmente seus efeitos são sentidos em diferentes países através do mercado, do meio ambiente ou de outra maneira.

Aponta Stiglitz (2007, p. 86-87) que “a maioria de nós sempre viverá localmente - em nossas comunidades, estados, países. Mas a globalização significa que somos, ao mesmo tempo,

parte de uma comunidade mundial.”

E por todos serem integrantes de uma comunidade mundial, que se têm os Direitos Humanos como o melhor ponto de partida para o estabelecimento de ações sociais positivas por parte das empresas, elevando a qualidade de vida de milhões de pessoas ao redor do planeta.

Nesses termos, a sociedade clama por mudanças quanto à ampliação da responsabilidade corporativa a partir de uma exploração mais humanizada do mercado e que seja capaz de reverter todos os males causados pelo capitalismo predatório e agravados pela globalização.

Só assim, “esta realidad da lugar a un modelo capitalista menos economicista, más humanista y solidario y al mismo tiempo más rentable, que afirma una economía de mercado sana y eficiente en el marco de la globalización, basada en la RSE como nueva y eficaz herramienta de gestión empresarial.” (SANTONJA, 2009, p. 28).

Com isso, através da experiência comercial adquirida com a aplicação do sistema capitalista nos últimos séculos, conclui-se que a responsabilização social das companhias pode ser considerada uma das melhores ferramentas atuais para prover o desenvolvimento humano na tentativa de combater as discrepâncias econômicas e sociais entre aqueles afortunados e os que não detêm sequer condições mínimas de subsistência.

CONCLUSÃO

Pôde-se notar que o processo de globalização surgiu sob forte influência do mercado, ante a adoção do capitalismo como principal sistema econômico dos últimos séculos, remodelando-se sempre que necessário.

O liberalismo econômico idealizado por Adam Smith foi responsável por permitir que as relações comerciais se desenvolvessem de maneira predatória, sob a crença de que o desenvolvimento social seria um reflexo do mercado.

Ante os severos danos sociais causados pelo mercado à sociedade, o Estado emerge com políticas públicas voltadas a garantir o bem-estar coletivo, o que demonstrou ser inviável sem a colaboração da iniciativa privada ante a oneração dos dispêndios públicos.

Destarte surge o neoliberalismo almejando reduzir os problemas causados pelo liberalismo através do dirigismo estatal à econômica de mercado, permitindo diferentes povos crer novamente em um real desenvolvimento social.

Tal expectativa foi renovada com o advento da globalização e a intensificação das relações sociais, financeiras e econômicas, no entanto, cada vez mais o desenvolvimento social se mostrou distante de acabar com a pobreza, principalmente em países não desenvolvidos.

A maneira como as companhias têm atuado desde então, pautadas na mobilidade, acabou

por colocar o Estado moderno em uma posição de subserviência em relação ao capital, o qual tem sido usado como ferramenta de poder, ensejando consideráveis abusos econômicos.

Com isso, valores humanos foram deixados de lado, perdendo espaço para o mero acúmulo de capital, o qual passou a protagonizar as relações de mercado.

Assim, o capital deixou de ser uma ferramenta para a promoção do desenvolvimento e se tornou o fim da atividade econômica, limitando a função social da empresa apenas a gerar lucro, dividindo-o entre seus investidores.

Ante o clamor social por mudanças, tem-se que a abrangência da responsabilidade corporativa deve ir além do mero lucro, valendo-se de uma gestão empresarial mais humanizada a fim de promover o real desenvolvimento social, com base nos Direitos Humanos, impedindo assim, que o capital segregue milhões de pessoas pelo mundo.

Desta maneira, adotar um modelo de responsabilidade social que beneficie efetivamente a coletividade, reduzindo as mazelas trazidas pelo capitalismo e pela globalização, se mostra uma necessidade imediata, sendo ainda um dever moral das companhias, compensando a sociedade pelos danos causados com a exploração dos recursos humanos, naturais e com a centralização de capital ao longo das últimas décadas.

Logo, o cumprimento da função social não deve ser tido como um dispêndio, mas sim como um investimento no bem-estar social e no desenvolvimento humano, pois de nada vale acumular capital se isso custar a dignidade humana.

Deste modo, entende-se que a empresa não deve servir apenas aos investidores, mas também à sociedade, sem tornar o Estado refém de seus interesses.

Para tanto, adotar uma perspectiva macroeconômica na gestão empresarial se mostra essencial, vez que as companhias integram algo muito maior que o mercado mundial, devendo assim considerar em suas condutas uma política mais humanista, para que só então seja possível reverter os males sociais.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos**. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum,

2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

RUGGIE, John Gerand. **Quando os negócios são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os direitos humanos. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

SANTONJA, Aldo Olcese. **El capitalismo humanista**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STIGLITZ, Joseph Eugene. **Globalização**: como dar certo. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. Resolução sobre as normas da UE para as empresas europeias que operam nos países em desenvolvimento: para um Código de Conduta Europeu. **Jornal Oficial da União Europeia**, Luxemburgo, n. 104, p. 180, 14 abr. 1999.

Como citar: OLIVEIRA, Jeferson Sousa; BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade corporativa como ferramenta de desenvolvimento socioeconômico. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 175-188, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 175. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 28/09/2018

Aprovado em: 07/11/2018

RESENHAS / REVIEWS

REFORMA ADMINISTRATIVA E BUROCRACIA

ADMINISTRATIVE REFORM AND BUREAUCRACY

Beatriz Scherpinski Fernandes¹

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

Irene Patrícia Nohara, em sua obra intitulada “Reforma Administrativa e Burocracia: Impacto da Eficiência na Configuração do Direito Administrativo Brasileiro” busca tratar, de forma crítica e analítica, da Reforma Administrativa e do impacto da concepção de eficiência no âmbito do Direito Administrativo.

Para tanto, primeiramente a autora discorre a respeito da evolução e desenho da burocracia brasileira, capítulo no qual ela desenvolve os temas da gestão patrimonialista, modelo burocrático, expansão da administração indireta no regime militar e abertura política a partir da crise e globalização econômica.

Em um segundo plano, Nohara aborda especificamente a Reforma Administrativa da década de 90 e o surgimento do modelo gerencial, analisando o plano diretor da reforma do aparelho do Estado, o discurso da reforma administrativa, questões características do modelo gerencial e a reforma administrativa na prática, bem como a Emenda Constitucional nº 19/1998.

Antes de concluir, é exposto na obra o impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo, a complexidade e a correlação desse conceito com a eficácia, efetividade e sustentabilidade e a sua adequação no universo jurídico.

A partir de uma análise histórica, a autora ressalta que o Brasil vivenciou três movimentos expressivos de Reforma Administrativa no Século XX. A primeira foi a reforma do Dasp, incrementada no período Getúlio Vargas, que teve por finalidade profissionalizar o funcionalismo na tentativa de substituir o patrimonialismo por técnicas burocráticas. A segunda reforma realizou-se na década de 60, durante o regime militar, e teve fortes traços estatizantes e centralistas

1 Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL.

com a expansão da Administração Indireta. Por último veio a reforma da década de 90, criada pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado, que tinha como objetivo transformar a burocracia por meio do modelo gerencial, a partir de um projeto de desmonte da burocracia e flexibilização do regime jurídico dos servidores públicos.

A solução para a Administração Pública era, a partir da Reforma Administrativa da década de 90, após superados os modelos patrimonialista e burocrático, o gerencial, condensado nos objetivos da reforma descritos no documento chamado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, publicado em novembro de 1995.

Tal documento contemplou, entre outros assuntos, a interpretação da crise do Estado e sua relação com a crise econômica e a globalização, a classificação das três formas de Administração Pública, um breve histórico das reformas administrativas já vivenciadas no país, a estratégia de mudança e os principais projetos de reforma.

Com essa nova perspectiva materializada por esse documento, a Reforma Administrativa redefiniria o papel do Estado, fortalecendo a função de promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social.

Pouco tempo depois, no ano de 1998, veio a Emenda Constitucional nº 19/98, que positivou o princípio da eficiência na Administração Pública, no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. A doutrina inicialmente desconfiou da utilidade dessa última positivação, sobre a qual o conceito abrange a ideia do emprego adequado dos meios para o alcance dos resultados.

Para Nohara, com o reconhecimento do princípio da eficiência, apesar de a intenção reformadora ter sido a de flexibilização, houve uma restrição da discricionariedade Administrativa, com conseqüente maior limitação à liberdade Administrativa. Com isso, cada vez mais a discricionariedade é amoldada pelo conteúdo da lei, tanto que a legalidade administrativa contempla um sentido mais restrito que a legalidade do cidadão, já que enquanto o cidadão é autorizado a fazer aquilo que a lei não proíbe, a Administração se restringe a fazer aquilo que a lei determina.

Maria Sylvia Zanella Di Piero, citada na obra em comento, expõe que o princípio da eficiência surte efeitos tanto em relação ao modo de atuação do agente público, quanto em relação ao modo de organizar estruturar, disciplinar a Administração Pública, também para que se alcance maiores resultados na prestação do serviço público. Como forma de alcance dos objetivos acima narrados, a Reforma Administrativa procurou estabelecer procedimento de avaliação periódica de desempenho, criar um sistema de “escolas de governo” para a União, os Estados e o Distrito Federal voltada para a formação e aperfeiçoamento dos servidores públicos, seguir com as políticas de privatização, estabelecer um sistema de agências reguladoras, criar o contrato de gestão como figura jurídica e incrementar o fomento.

Interessante observar, portanto, que a positivação do princípio da eficiência teve um significativo impacto no Direito Administrativo Brasileiro, surtindo efeitos tanto na estruturação da Administração Pública quanto na legislação infraconstitucional subsequente.

Por fim, finaliza a autora ressaltando a imprescindibilidade do planejamento das políticas públicas rumo a uma efetiva modificação das estruturas econômicas e sociais para a garantia do desenvolvimento nacional.

Cumprido concluir que a obra de Irene Nohara, fruto de sua tese de livre-docência defendida na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, contempla uma discussão recorrente no Direito Administrativo e no Direito Público brasileiro em geral, por tratar detalhadamente da estrutura estatal desse país.

RESENHAS | REVIEWS

CIDADANIA INSURGENTE: DISJUNÇÕES DA DEMOCRACIA E DA MODERNIDADE NO BRASIL

INSURGENT CITIZENSHIP: DISMUNICATIONS OF DEMOCRACY AND MODERNITY IN BRAZIL

Gabriel Moraes Outeiro²

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente**: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

A obra de James Holston analisa a distribuição substantiva da cidadania brasileira, a partir do período do Brasil colonial, gerando uma cidadania diferenciada no país ao longo de séculos, excluindo a maioria da população de direitos políticos, e que levou à insurgência de uma nova forma de cidadania contemporânea, a partir da luta pelo direito à cidade.

Em linhas gerais, o que torna a cidadania brasileira única? A cidadania diferenciada é uma forma de definir a distribuição de direitos, de forma desigual, para categorias específicas de cidadãos. A exclusão do exercício de direitos de cidadania pode atingir pessoas por critérios sociais, políticos, civis e espaciais, como mulheres, analfabetos, pessoas de baixa renda e/ou sem acesso à propriedade (rural e urbana), indivíduos afetados pela segregação urbana, negros ou afrodescendentes. Ao mesmo tempo, a cidadania diferenciada inclui e beneficia grupos seletos, chamados de elites, que se perpetuam no poder e que têm conseguido manter uma estrutura social hierarquizada, garantindo seus privilégios.

O tema é atual para (re)pensar nas configurações institucionais jurídicas e políticas (que refletem na proteção de direitos fundamentais), ainda mais ao se considerar eventos políticos dos últimos anos, como as manifestações sociais de junho de 2013 e as eleições em 2018. Estas configurações podem legitimar a exclusão social, sendo necessário propor formas de superar tais barreiras, assegurando a promoção da cidadania em favor de todos, respeitando a diversidade humana – e não utilizando critérios para excluir as pessoas.

O livro é importante para compreender a tradicional formulação de cidadania e determinadas transformações sociais. Por exemplo, a garantia de direitos trabalhistas, de forma a entrelaçar os conceitos de trabalhador (urbano) com o de cidadão, acabou por excluir trabalhadores informais e rurais da condição de cidadão. Num outro sentido, as cidades têm se tornado espaços de

2 Doutor em Desenvolvimento Socioambiental (NAEA/UFPA). Doutorando em Direito (PPGD/UFPA), Mestre em Direito (PPGD/UFPA). Especialista em Direito Tributário (Anhanguera-Uniderp). Professor e pesquisador da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (Unifesspa), Diretor-Geral do Instituto de Ciências Sociais Aplicadas - ICSA/Unifesspa. Advogado.

manifestações e reivindicações de direitos, justamente por pessoas que eram excluídas pela sua condição econômica, espacial (residentes das chamadas periferias urbanas) e/ou social, para combater o sistema jurídico de privilégios.

Nesse passo, para expor suas ideias, Holston foca no tamanho e composição do eleitorado brasileiro como medida da distribuição de direitos políticos – não se trata de saber se os cidadãos exercitam ou não seu direito de votar, mas antes, de saber se as pessoas têm o direito de votar em primeiro lugar.

Se um cidadão pode ser compreendido como um membro de um Estado, com direitos e deveres em relação aos demais cidadãos em algum plano de igualdade e ao Estado, o Brasil construiu uma noção de cidadania própria, com a diferença legal entre os cidadãos em razão do gênero, etnia, educação, profissão, propriedade e renda, perpetuando desigualdades. Isto inverteu a ideia de igualdade enraizada no Direito de tratar os desiguais desigualmente para compensar desigualdades sociais, em prol de uma ideia de tratar os desiguais desigualmente, conferindo direitos às pessoas que Holston chama de elites nacionais, em prejuízo de grande parte da população brasileira.

Isto se constata antes do período da Independência, quando o Brasil colonial realizava eleições somente em nível municipal, adotando requisitos socioeconômicos para excluir a maioria dos brasileiros e uma qualificação burocrática dos eleitores, o que implicava que somente podiam votar “homens-bons”, homens de posse, que poderiam ter seus nomes inscritos nos livros qualificativos. Eram excluídos aqueles que tinham trabalho manual (ou cujos pais tivessem esse tipo de trabalho), os que não fossem considerados brancos e as mulheres – mas os analfabetos não eram excluídos.

Quem conseguia inscrever seu nome nos livros qualificativos conseguia inserir a si ou a seus descendentes no aparato político e administrativo da Colônia e, posteriormente, do Império.

Em 1821 foram realizadas as primeiras eleições gerais do Brasil, que permitiram o sufrágio masculino quase universal, com inspiração das primeiras constituições da Revolução Francesa. Acontece que para Holston a ideia de realizar um sufrágio não era em apoio à democracia, mas nas estruturas sociais que favorecessem as elites agrárias brasileiras, com concentração de poder político na mão de poucos, os “homens-bons”, bem como privando grande parte da população de votar e de ser eleita.

Com a promulgação da Constituição do Império foram feitas algumas modificações, que carregam por trás a ideologia de que para votar e se eleger é imprescindível possuir independência econômica e intelectual, para que não se corrompessem. Assim, organizou a população em categorias, pois somente os cidadãos eram membros da nação e somente livres podiam ser cidadãos, que depois eram divididos por critérios como gênero, rendimento, dependência doméstica, residência, religião e direito de nascença.

A Lei Saraiva de 1881 instituiu eleições diretas e, a partir de 1882, exigia como condição para votar o alfabetismo, o que terminou por reduzir o eleitorado e os que dispunham de direitos políticos no final do século. A exigência de alfabetismo foi suficiente para restringir os direitos políticos da maioria dos cidadãos, durando até 1985, pois o analfabetismo era alto. Em 1932 uma

reforma estendeu o direito de voto às mulheres. Apesar de avançar para o modelo mais amplo de sufrágio, o sistema jurídico continuava usando uma diferença (qualquer que fosse) para distribuir direitos políticos de forma diferenciada entre os cidadãos, o que foi mantido durante o regime militar, iniciado em 1964.

Com base no pensamento de que o Estado deveria agir como uma terceira força, para administrar os interesses do capital e do trabalho, foram elaboradas diversas leis trabalhistas a partir da década de 1930, concedendo direitos aos trabalhadores urbanos, em troca de sua autonomia organizacional trabalhista. Este novo estágio de cidadania diferenciada distinguia entre o brasileiro nato e o naturalizado, trabalhadores urbanos e rurais e trabalho formal e informal. O trabalho, nestes termos, era a essência da cidadania da classe trabalhadora e a carteira de trabalho a sua certidão de nascimento. Esta delimitação parece universal, mas a distribuição de direitos referentes à cidadania é restrita, despolitizando a exigência por justiça.

Ao avançar na obra, Holston demonstra que a expansão de direitos políticos se deveu mais à acelerada urbanização no Brasil entre 1950-1980, que modificou os termos da formulação de cidadania e de seus conflitos. A urbanização permitiu reduzir o analfabetismo, ampliar a educação básica, ampliar o acesso ao mercado de consumo e à propriedade, o que permitiu constituir uma cidadania política independente em favor dos que antes eram excluídos, com novos atores políticos, que desestabilizaram o sistema diferenciado.

Isto permitiu que estas pessoas lutassem por seus direitos em espaços autônomos longe dos olhos do Estado, como em periferias, e conquistassem o direito aos seus direitos políticos, de serem tratados como cidadãos plenos. As condições que mantinham o modelo da cidadania diferenciada ofereceram as condições de sua transformação, possibilitando a insurgência de um novo paradigma de cidadania urbana. Nos capítulos finais é visto como estes novos atores utilizando a linguagem de direitos têm conseguido expressar seus anseios na luta pelo direito à cidade, usando como exemplo o caso do Jardim das Camélias, em São Paulo, que é um bairro autoconstruído por trabalhadores de baixa renda da capital paulista, que conseguiram a legalização de seus lotes, após a defesa de sua qualidade de cidadãos e de que contribuem com a cidade.

O autor desconstrói/reconstrói ideias e conduz à reflexão sobre a trajetória institucional de direitos políticos, deixando claro que o seu processo de expansão não é estável e pode sofrer retrocessos. Desta forma, é necessário aos juristas estarem atentos às configurações jurídicas, aos anseios sociais e às mudanças tecnológicas, que podem servir de ponte para a promoção de direitos ou para a exclusão social.