

ORGANIZADOR:
JOSÉ LUIZ ROSSI



V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - GRUPO DE TRABALHO (GT)

1ª Edição

Autores:

Alice Dias Navarro

Alexis Sales de Paula e Souza

Ana Luisa Tarter

Dárrya Ckessya de Queiroz Lima

Gilmar Brunizio

Luciano Ramos de Oliveira

Marta Battaglia Custódio

Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho

idp

INSTITUTO
BRASILIENSE DE
DIREITO PÚBLICO

Organizador

José Luiz Rossi

V Seminário Internacional de Direito
Administrativo e Administração Pública
Grupo de Trabalho (GT)

1ª edição

Autores:

Alice Dias Navarro

Alexis Sales de Paula e Souza

Ana Luisa Tarter

Dárrya Ckessya de Queiroz Lima

Gilmar Brunizio

Luciano Ramos de Oliveira

Marta Battaglia Custódio

Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho

IDP

Brasília

2016

Conselho Editorial:

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes (IDP)
Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer (IDP)
Coordenador-Geral: Walter Costa Porto (Instituto Federal da Bahia)

1. Adriana da Fontoura Alves (IDP)
2. Alberto Oehling de Los Reyes (Madrid)
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho (PUC-SP)
4. Arnaldo Wald (Universidade de Paris)
5. Atalá Correia (IDP)
6. Carlos Blanco de Moraes (Faculdade de Direito de Lisboa)
7. Carlos Maurício Lociks de Araújo (IDP)
8. Everardo Maciel (IDP)
9. Felix Fischer (UERJ)
10. Fernando Rezende
11. Francisco Balaguer Callejón (Universidade de Granada)
12. Francisco Fernández Segado (Universidad Complutense de Madrid)
13. Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)
14. Jorge Miranda (Universidade de Lisboa)
15. José Levi Mello do Amaral Júnior (USP)

16. José Roberto Afonso (USP)
17. Julia Maurmann Ximenes (UCLA)
18. Katrin Möltgen (Faculdade de Políticas Públicas NRW - Dep. de Colônia/Alemanha)
19. Lenio Luiz Streck (UNISINOS)
20. Ludger Schrappner (Universidade de Administração Pública do Estado de Nordrhein-Westfalen)
21. Marcelo Neves (UnB)
22. Maria Alicia Lima Peralta (PUC-RJ)
23. Michael Bertrams (Universidade de Munster)
24. Miguel Carbonell Sánchez (Universidad Nacional Autónoma de México)
25. Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP)
26. Pier Domenico Logroscino (Universidade de Bari, Italia)
27. Rainer Frey (Universität St. Gallen)
28. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch (USP)
29. Rodrigo de Oliveira Kaufmann (IDP)
30. Rui Stoco (SP)
31. Ruy Rosado de Aguiar (UFRGS)
32. Sergio Bermudes (USP)
33. Sérgio Prado (SP)
34. Teori Albino Zavascki(UFRGS)

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Débora Costa Ferreira

Seminário Internacional de Direito Administrativo e Administração Pública (5.
: 2016 : Brasília, DF).

V Seminário internacional de direito administrativo e administração pública:
Grupo de Trabalho (GT). / Organizador José Luiz Rossi. – Brasília: IDP, 2016.
116p.

ISBN: 978-85-65604-92-5

1.Direito Administrativo. 2. Administração Pública. 3. Crise
Econômica. 4. Desenvolvimento Socioeconômico. I. Título. II. José Luiz
Rossi .

CDD 341.312

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	6
José Luiz Rossi	6
 LIMITES E CONDICIONANTES AO PODER DE ADMINISTRAR: AS PRÁTICAS EM TEMPOS DE CRISE ECONÔMICA E O ETERNO DILEMA ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL	7
Marta Battaglia Custódio	7
 O DECLÍNIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO DO BRASIL E O FRACASSO DO INTERESSE PÚBLICO NAS CONDICIONANTES AMBIENTAIS EM OBRAS DE INFRAESTRUTURA	25
Luciano Ramos de Oliveira	25
Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho	25
 INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES Á LUZ DA TEORIA DO PRAGMATISMO E DAS RELAÇÕES INTERDISCIPLINARES	42
Gilmar Brunizio	42
 GRATIFICAÇÃO POR PRODUTIVIDADE JUDICIÁRIA: FATOR MOTIVACIONAL PARA CUMPRIMENTO DAS METAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO PELA SEGUNDA VARA DA COMARCA DE PRESIDENTE DUTRA/MA	61
Dárrya Ckessya de Queiroz Lima	61
 CULTURA DOS PRECEDENTES, AGÊNCIAS REGULADORAS E COMPETITIVIDADE: CONSIDERAÇÕES ECONÔMICAS DO MICROSSISTEMA DOS CASOS REPETITIVOS SOBRE A AGÊNCIA REGULADORA DO PETRÓLEO	88
Ana Luisa Tarter	88
Alice Dias Navarro	88
 A PORTA ABERTA PELA LEI DA REPATRIAÇÃO PARA A REGULARIZAÇÃO DO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO E PARA A DESCRIMINALIZAÇÃO	106
Alexis Sales de Paula e Souza	106

APRESENTAÇÃO

José Luiz Rossi

Esta publicação é resultado do Grupo de Trabalho realizado no VI Seminário Internacional de Direito Administrativo e Administração Pública pelo Centro de Pesquisa – CEPES do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), em conjunto com a Escola de Administração de Brasília (EAB/IDP) e o Mestrado Profissional em Administração Pública do IDP, realizado no dia 29 de junho de 2016, consubstanciado na apresentação dos trabalhos acadêmicos previamente selecionados pelo sistema OJS e avaliados pelo método do *double blind review*.

Os grupos de trabalho realizados nos eventos do IDP visam integrar e divulgar as linhas de pesquisa e os trabalhos desenvolvidos nos programas de mestrado e doutorado e centros de pesquisa do Brasil, abrindo um importante espaço de divulgação e debate de produções de artigos científicos. O evento pode contar com a expertise de profissionais e pesquisadores de diferentes regiões do país que se reuniram e promoveram um debate intenso sobre os avanços da administração pública no Brasil.

Estes debates, portanto, de relevância nacional e cuja participação tanto de profissionais e pesquisadores justificou a produção de um livro com o resultado de todas estas reflexões. Viabilizou-se o oferecimento para toda a comunidade acadêmica e profissional tanto na área jurídica quanto na administração pública uma obra de potencial impacto, dada sua atualidade e emergência de seu conteúdo e o caráter inovador de suas proposições.

Espera-se que a leitura destes textos possa conduzir o leitor a uma reflexão sobre a Administração Pública e o desenvolvimento do País, bem como os novos caminhos e a estrutura a ser adotada pelo País nos próximos anos.

Boa leitura!

LIMITES E CONDICIONANTES AO PODER DE ADMINISTRAR: AS PRÁTICAS EM TEMPOS DE CRISE ECONÔMICA E O ETERNO DILEMA ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Marta Battaglia Custódio

Resumo: O presente artigo tem por objetivo discutir o problema entre a oferta do serviço público e a limitação orçamentária para tal. Como objetivos específicos, foram tratados os temas do mínimo existencial, da reserva do possível, dos limites à discricionariedade do agente político no estabelecimento de prioridades de governo, da judicialização da política pública e do ativismo judicial, apresentando um caso concreto envolvendo um município gaúcho que foi condenado pelo Poder Judiciário a implementar esgotamento sanitário em diversas áreas da cidade. Este estudo não pretende apresentar soluções ao problema, mas tão somente verificar quais são os instrumentos institucionais que podem ser operacionalizados para minimizá-lo. Conclui-se que o Poder Executivo deve atuar com vistas a alcançar os objetivos constitucionalmente propugnados, em sintonia com as necessidades locais e com os direitos fundamentais da dignidade humana e ao meio ambiente equilibrado e que os mecanismos institucionais de controle da atividade administrativa, por meio da autotutela, do Ministério Público, do Poder Judiciário e da participação social, quando corretamente acionados, podem ser efetivos para conduzir a atuação do gestor público ao encontro do interesse público, mesmo em cenários hostis.

Palavras-chave: reserva do possível. Mínimo existencial. Controle social. Ativismo judicial.

Abstract: This article aims to debate the problem of the need of public service and the budget limit to do so. The specific objectives were: the subjects of the realm of possibility, the limits to the discretion of political agents in the establishment of government priorities, the existential minimum, the judicialization of public policy and judicial activism, presenting a concrete case involving a southern Brazilian municipality that was forced by the judiciary to implement public sanitation in several areas of the municipality. This study is not intended to provide solutions to the problem, but only to verify what are the institutional tools that can be used to minimize the it. The conclusion was that the executive branch should act in order to achieve the objectives constitutionally propounded in line with local needs and the fundamental rights of human dignity and balanced environment and that the institutional mechanisms for control of administrative activity, through self-garden ship, the Public Ministry, the judiciary and social participation, when properly operated, can be effective to drive the performance of the public manager to meet the public interest, even in hostile scenarios.

Key-words: financial restriction. Existencial minimum. Social control. Judicialization of politics.

Introdução

Ao longo da história, surgiram três paradigmas básicos de organização política: o "Estado de Direito" (liberal), o "Estado de Bem-Estar Social" e o "Estado Democrático de Direito" e, a eles associados, respectivamente, os direitos de primeira geração (liberdades individuais), direitos de segunda geração (coletivos e sociais) e de terceira geração (difusos, compreendendo os direitos ambientais, do consumidor e congêneres), e a ampliação do direito de participação da população (incluindo minorias) nas decisões políticas, pautadas na supremacia da constituição (NOVELINO, 2013).

Os direitos de primeira geração, também conhecidos como direitos negativos, vieram em contraposição ao abuso do poder estatal, ou seja, diziam respeito à busca por um Estado não interventor, em oposição à monarquia absolutista. Entretanto, a conquista de liberdades individuais não foi suficiente para a harmonização social, pois as desigualdades e os desníveis sociais gigantescos vivenciados na Europa no século XIX e cujo ápice foi a crise econômica logo após o final da primeira grande guerra, já no início do século XX, trouxeram à baila a necessidade de se falar em direitos não apenas do ponto de vista da igualdade formal prevista no ordenamento jurídico, mas também sob o aspecto material, de se prover prestações à população mais vulnerável (direitos positivos), abandonando a postura abstencionista até então.

Os direitos sociais e coletivos (trabalhistas, de saúde etc.) vieram, portanto, para corrigir as distorções inerentes ao modelo produtivo predominante. Por sua vez, o direito à maior participação popular nas decisões políticas surge com vigor a partir de meados do século XX, associada à constitucionalização dos direitos fundamentais, em resposta às atrocidades da segunda-guerra mundial. Esse modelo visava garantir a proteção de um núcleo indisponível de direitos fundamentais mínimos, com respaldo popular. Com o tempo, o leque de direitos foi sendo ampliado e trouxeram à tona uma nova gama de bens jurídicos que merecem serem tutelado, a exemplo dos direitos coletivos

e difusos de consumidores, dada a relevância que ganharam no mundo atual (NOVELINO, 2013).

Inspirada na constituição portuguesa de 1976 (SOUZA NETO & SARMENTO, 2012), a constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe uma série de responsabilidades e deveres ao Estado voltados para a concretização dos direitos de segunda e de terceira geração. Além de elencar os direitos e garantias fundamentais e direitos sociais em seus artigos 5º e 6º, apresenta ao longo de todo seu texto uma série de garantias com relação à saúde, à educação, à proteção social, ao consumidor, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural e outros.

Essa afinidade entre a constituição brasileira e o texto constitucional português traz consigo o conceito de “constituição dirigente” (CANOTILHO, 1994), que propaga a ideia de que de nada adiantaria a existência de normas programáticas voltadas à garantia de direitos sociais na carta magna se a elas não fosse reconhecido um valor jurídico constitucionalmente idêntico àquele dado aos demais preceitos constitucionais. Para ele, tais normas devem ser dotadas de força para:

1. Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição);
2. Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição);
3. Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam. (CANOTILHO, 1993, p.184)

Ou seja, uma vez inscritos no texto constitucional, a prestação de serviços essenciais pelo Estado à população não é uma mera opção, deve ser de fato ofertada. Mas, é possível, do ponto de vista prático, atender a todos os mandamentos constitucionais?

O objetivo deste artigo é discorrer sobre a imperatividade da oferta do serviço público e a limitação orçamentária que restringe e limita a capacidade de ação da administração pública. Como objetivos específicos, foram tratados os temas da reserva do possível, do mínimo existencial, dos limites à

discricionariedade do agente político no estabelecimento de prioridades de governo, da judicialização da política pública e do ativismo judicial.

Este trabalho não pretende apresentar soluções ao problema do eterno dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível, mas tão somente verificar quais são os instrumentos institucionais que podem ser operacionalizados para que essa questão seja minimizada. Também não será objeto a crítica ao texto constitucional, no sentido de se verificar se ele está adequado ou não aos tempos atuais, se o Estado deveria ser provedor e exercer a influência na vida privada nos moldes como está previsto na Constituição atual ou se ele deveria ter outros moldes. Essa discussão será deixada para uma outra ocasião. Por fim, também não se falará aqui de corrupção, que, entende-se, deveria ser tratado em artigo específico (afinal, qual é o custo da corrupção hoje no Brasil?) e com o zelo que o assunto merece.

1. Da reserva do possível

Considerando que as demandas sociais são infinitas e que o orçamento público é limitado, há de se considerar que a administração pública convive permanentemente com a insuficiência de meios para prover a satisfação de todos os administrados. Desse modo, não é toda omissão pública na oferta de bens ou na prestação de serviços públicos que poderia ser caracterizada como uma ilegalidade, porque diante de uma situação fática concreta, muitas vezes é impossível ao administrador agir de outra forma.

Segundo Carvalho Filho,

[...] nem toda omissão administrativa se qualifica como ilegal; estão nesse caso as omissões genéricas, em relação às quais cabe ao administrador avaliar a oportunidade própria para adotar as providências positivas.

Incide aqui o que a moderna doutrina denomina de reserva do possível, para indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros. Somente diante dos concretos elementos a serem sopesados ao momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da possibilidade de fazê-lo, à luz do que constitui a reserva administrativa dessa mesma possibilidade. Por lógico, não se pode obrigar a Administração a fazer o que se revela impossível.

Em cada situação, todavia, poderá a Administração ser instada a demonstrar tal impossibilidade; se esta inexistir, não terá como invocar em seu favor a *reserva do possível*. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 47)

Vem da doutrina e da jurisprudência alemãs a teoria da "reserva do possível" (*Der Vorbehalt des Möglichen*), segundo a qual as prestações materiais ofertadas pelo ente público são limitadas pela disponibilidade real de recursos financeiros por parte do Estado (BORGES, 2014). Entretanto, a ideia da reserva do possível é mais antiga ainda e remonta desde os romanos, conforme segue:

A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.¹

O problema é, portanto, compreender como o administrador público elenca as prioridades de governo e equaciona a escassez de recursos públicos diante do contexto político, econômico e social, e de que maneira é possível o exercício do controle social ou jurídico sobre tal atividade.

Ao que parece, essa é sempre uma escolha de Sofia.

2. Da prioridade dos direitos fundamentais

Diante da discricionariedade como prerrogativa do agente público no exercício de sua função política, que repercutirá na agenda administrativa e na prestação material à população, a questão que se coloca é quanto à validade dos critérios que serão utilizados para se fixar essas preferências.

Entende-se que a plataforma de governo apresentada durante o período de propaganda eleitoral pode até ser um dos elementos a serem considerados pelo eleito, entretanto o candidato não possuía de antemão todas as informações detalhadas sobre a real situação das finanças públicas do ente público ao qual

¹ EMENTA, RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.474 - SC (2010/0048628-4). Ministro relator: Humberto Martins. Julgado em 20/04/2010 (DJ: 29/04/2010).

ele alçaria a chefia do Poder Executivo, nem dados quanto à dimensão e à complexidade dos problemas que iria enfrentar.

Portanto, ainda que o poder discricionário seja a regra, se faz necessário estabelecer alguns parâmetros que delimitem a amplitude do espectro de escolhas do gestor público, para que se evitem arbitrariedades, desperdícios e abusos.

Segundo Di Pietro (2014), alguns critérios podem ser considerados nesse sentido e algumas teorias contribuem para esse debate, notadamente a do desvio de poder, quando o ato administrativo foge da legalidade e/ou do escopo do interesse público, e a dos motivos determinantes, que prega que os atos administrativos, uma vez justificados, devem ter seu critério de validade fundado em tais motivações, não podendo desviar-se delas. Em suas palavras:

Uma das teorias é a relativa ao **desvio de poder**, formulada com esse objetivo; o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.

Outra é a **teoria dos motivos determinantes**, já mencionada: quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os **pressupostos de fato** e as **provas** de sua ocorrência. (DI PIETRO, 2014, pp. 229-230)

Ou seja, para além de sua plataforma político-eleitoral, o gestor público deverá se pautar necessariamente pelos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, não bastando simplesmente alegar a falta de recursos públicos para não atender aos anseios da população. Pelo princípio da publicidade, pela probidade e em favor da transparência é de bom tom que ele apresente os motivos que embasaram suas escolhas e eles devem ser aderentes à realidade, não podem ser justificações vagas que não guardem congruência com os fatos concretos.

Como diz Carvalho Filho (2011),

Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoar da

finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 73)

Ademais, o gestor deverá alocar os recursos com eficiência, eficácia e efetividade, princípios constitucionalmente estabelecidos, e também deverá ter em mente a busca por uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, que procure acabar com a pobreza e diminuir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, conforme o artigo terceiro da constituição federal.

Destarte, esses parâmetros devem ser seguidos por qualquer administrador público e delimitam seu poder discricionário, cabendo a atuação do Ministério Público e a intervenção do Poder Judiciário em caso de flagrante deturpação de tais restrições.

Nesse sentido, a função pública deve ser realizada pelo gestor tendo por pressuposto o atendimento ao interesse público, por meio dos instrumentos conferidos pelo ordenamento jurídico (MELLO, 2013) e o interesse público, por sua vez, não pode ser confundido com “o interesse do Estado” (idem, p. 65) e sim entendido como a “dimensão pública dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade” (p. 66) e, no âmbito desses interesses, há um conjunto de direitos que são considerados essenciais, não podem ser ignorados.

3. Do mínimo existencial

O conceito do mínimo existencial considera que há certas condições sem as quais a existência humana com dignidade não existe (TORRES, 1989). Esses elementos mínimos não devem ser objeto de tributação específica, ao contrário, devem ingressar no rol de prestações positivas a serem oferecidas pelo Estado (*positivus libertatis*), indistintamente a qualquer pessoa natural (excluem-se desse conceito as pessoas jurídicas). Para Torres, seriam considerados mínimos existenciais a vacinação e a oferta do ensino fundamental, por exemplo.

O autor associa o mínimo existencial à própria liberdade, o que reforça seu caráter imperativo, ou seja, é necessário garantir essas condições a todas as pessoas para que se tenha uma sociedade de fato livre e justa. *In verbis*:

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. (TORRES, 1989, p. 29)

Sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. (idem, p. 29)

No entanto, segundo Pieroth e Schlink (2012), para se identificar quais são esses mínimos existenciais, é preciso saber quais são os padrões daquela sociedade em questão, qual é seu nível de riqueza, qual é o contexto histórico.

A questão de saber até onde vai a responsabilidade do Estado social, sob o aspecto da dignidade da pessoa humana, está especialmente dependente dos padrões e também da riqueza de uma sociedade; se a jurisprudência fala da manutenção do mínimo existencial, este critério está dependente do tempo e da situação. (PIEROTH & SCHLINK, 2012, p. 137)

O saneamento básico, para se ficar em apenas um exemplo que indubitavelmente integra um núcleo mínimo existencial, é prioridade diante da escassez de outros serviços também primordiais, como o de saúde ou de educação? Ele é mais essencial do que a segurança pública?

Como ilustração, esse caso será tratado a seguir, para na sequência se tecer algumas considerações sobre a efetividade da oferta de serviços públicos pelo poder público local e como os mecanismos de controle social podem contribuir para o funcionamento dessa engrenagem institucional que, quando acionada adequadamente, acaba delimitando a atuação do gestor público.

4. Do direito ao saneamento básico e ao meio ambiente equilibrado

Em seu art. 21, inciso XX, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que compete à União “instituir diretrizes para o

desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. Elas devem estar integrada ao Sistema Único de Saúde, a quem compete “participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico” (art. 200, IV). Já no art. 30 do texto constitucional, encontra-se a competência municipal para “legislar sobre assuntos de interesse local” (inciso I); “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local” (V) e “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (VIII). A carta maior diz ainda que é competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX).

Em consonância com a constituição, a lei federal nº 11.445 (BRASIL, 2007) estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico no país, que deverá ser prestado com base, dentre outros, nos princípios da universalização do acesso, integralidade² e realização de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente e dos serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos. Para isso, a legislação federal prevê ainda a adoção de critérios técnicos adequados, eficiência e sustentabilidade econômica.

No que tange o direito ambiental, Amado (2014) afirma que “as pessoas têm direito a um mínimo existencial ecológico para gozar de uma vida digna” (p. 48), porque eles têm o condão de afetar os demais direitos fundamentais (em especial a saúde), que ficariam prejudicados em um meio ambiente hostil.

Para ele, o meio ambiente ecologicamente equilibrado contempla as dimensões objetiva (o respeito às diretrizes ambientais) e subjetiva (as pessoas enquanto sujeitos de direitos e obrigações com relação ao meio ambiente) (AMADO, 2014).

Tais dimensões remetem à conclusão de que tanto a administração pública deve se nortear pela proteção ao meio ambiente consagrada na

² Compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados.

constituição federal, como deve atuar de modo a garantir o direito subjetivo dos administrados a um meio ambiente equilibrado.

5. Da omissão do poder público e da tutela do direito coletivo

Por ser tão basilar, é evidente que a administração pública deve atuar de forma ativa na implementação de redes coletoras de esgoto, tanto por mandamento constitucional e legal, como para zelar pela satisfação do interesse coletivo de saúde e da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, o “Atlas de Saneamento”, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2011), aponta que 44,8% dos municípios brasileiros não dispõem de rede coletora de esgoto.

O que se fazer diante da omissão estatal na oferta de serviços essenciais? Julia Ximenes (2011) afirma que a partir da Constituição de 1988 “muito se tem debatido, no campo jurídico e político, sobre a efetivação do extenso rol de direitos sociais constitucionalizados e o papel do Poder Judiciário nesta tarefa” (p.1).

No campo teórico, o ativismo judiciário presente na literatura norteamericana “implica uma postura ‘invasiva’ do Poder Judiciário no tocante à definição de políticas públicas, motivada por um descrédito ao caráter majoritário dos outros poderes” (*idem*, pg. 9) e tem uma conotação negativa, pois está associada a uma invasão excessiva de um poder sobre os demais, desequilibrando o princípio da separação dos poderes.

De fato, quando está se falando em “ativismo judicial”, ou “judicialização das políticas públicas”, o que está em discussão são os mecanismos de inter-relação entre poderes autônomos e distintos, consagrados na constituição. O simples fato de alguém ingressar com uma ação no Poder Judiciário para impor um dever de agir ao Poder Executivo poderia ser considerado como uma “judicialização da política”, uma vez que isso revela que há uma aparente falha na prestação pública e que há uma controvérsia entre o Estado e o cidadão, que deve ser solucionada pelo Poder Judiciário.

Quando a interferência do judiciário esbarra em uma mera questão de fluxo, de estoque ou de gestão no âmbito de uma política já instituída pela administração, pode-se dizer que há uma judicialização da política pública.

Entretanto, se essa “intromissão” é maior, e impõe uma alteração em dotações orçamentárias, obriga a administração a agir em uma área não prevista ou planejada por ela, é produzido um ruído maior, que não é nada desprezível na esfera administrativa. Este último caso caracteriza um ativismo judiciário, ou seja, são os magistrados assumindo para si o papel de legislador (e quiçá até de executor), diante de uma suposta omissão dos demais poderes.

Tanto a judicialização da política pública como o ativismo judicial têm em sua origem ações individuais (v.g. pessoas solicitando medicamentos e/ou tratamentos específicos não fornecidos pelo Ministério da Saúde) ou ações promovidas pelo Ministério Público (caso que será exemplificado na próxima seção), que tem por função proteger os interesses sociais coletivos.

Se, por um lado, esse ativismo amplia direitos (garantindo aos interessados principais da ação civil pública ou aos que recorreram ao Poder Judiciário uma prestação por parte do Poder Executivo), por outro pode criar uma clientela privilegiada, ao conferir uma benesse apenas a um grupo que não é concedida aos demais destinatários da política (sobretudo nos casos particulares em que se pleiteiam terapias custosas na área da saúde). Mais ainda, em escala, essa situação poderia gerar graves distorções tanto do ponto de vista gerencial como orçamentário, de tal monta que poderia eventualmente até desestruturar e inviabilizar a própria política universalizante.

Entretanto, se há essa conotação negativa, é igualmente notório que o ruído causado pela intromissão do judiciário no executivo faz com que este reveja suas políticas para justamente atender aos anseios da população e introduzir no seu planejamento e orçamento essas demandas que chegaram pela via do controle social ou judicial.

Essa relação entrelaçada de um agir-e-reagir, que vai costurando, moldando e adaptando a política pública ocorre em um contexto de demandas sociais infinitas e em um cenário orçamentário limitado. A política ora expande, ora retrai, e esse “sentir” é captado pelos agentes públicos.

6. O caso do município de São Jerônimo

Visando ilustrar essas relações, será apresentado um caso que envolve a disputa entre o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPRS) e o município de São Jerônimo (RS).

Trata-se de um recurso especial³ no qual o *parquet* recorreu contra a decisão de primeira instância, confirmada pelo Tribunal de Justiça estadual, que delimitou a apenas algumas áreas da cidade a obrigação imposta ao município para instalar rede de esgoto. O Ministério Público entendeu que seria necessário que a ordem judicial abarcasse outras áreas da municipalidade, motivo pelo qual entrou com o recurso especial.

Em síntese, o MPRS ajuizou ação civil pública com o objetivo de obrigar o município de São Jerônimo a instalar rede de tratamento de esgoto, mediante prévio projeto técnico, com cobrança de responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente e à saúde pública. O Poder Executivo local manifestou que já havia proposto regularizar o sistema de encanamento da cidade, porém que a câmara municipal, tinha rejeitado a proposta. Na sentença do primeiro grau e na decisão do Tribunal, a condenação limitou-se à canalização em poucos pontos da cidade e limpeza dos esgotos a céu aberto.

Entretanto, essa medida foi considerada insuficiente, paliativa, e ela não atacava o problema da poluição do meio ambiente, que continuaria. Por isso, o MPRS defendeu que seria necessária a elaboração de um projeto técnico da rede de esgotos que considerasse outras áreas da cidade, e entrou com um recurso especial, alegando que houve uma interpretação equivocada ao art. 45 da Lei n. 11.445/2007. Reza o referido artigo que:

Art. 45. Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços.

§ 1º Na ausência de redes públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.

³ RECURSO ESPECIAL Nº 1.366.331 - RS (2012/0125512-2), Ministro Relator: HUMBERTO MARTINS. Julgado em 24 de abril de 2015 e publicado no DJ em 30 de abril de 2015.

§ 2º A instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não poderá ser também alimentada por outras fontes.

Para o MPRS, não havia espaço para discricionariedade da administração do município de São Jerônimo na implementação das obras de saneamento básico. O MPRS alegou que “a não observância de tal política pública fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado”, não cabendo aos gestores municipais alegar ausência de previsão orçamentária para atender a essa demanda, dado que o município não provou a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública, pois é sua obrigação garantir o mínimo existencial.

Analisando o caso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ponderou entre a “tutela do mínimo existencial” e “reserva do possível”, e decidiu em favor da primeira, dado que o ente público não conseguiu provar nos autos do processo a absoluta inexecutabilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa.

Assim, tendo sido provido o recurso especial, o município foi condenado a estender o planejamento de implementação do esgotamento sanitário a diversas áreas da cidade, elaborando projeto técnico de encanamento de esgotos no prazo de 60 dias, incluindo, por conseguinte, os valores da realização do projeto na lei orçamentária do exercício financeiro subsequente.

Nesse exemplo, tem-se que o município se encontrará em um dilema: diante da decisão judicial, terá que remanejar o orçamento para incluir o projeto e a execução da obra, sob pena de descumprimento de decisão judicial, o que seria impensável em um Estado de Direito. Entretanto, mais que isso, percebe-se que as instituições funcionaram de modo adequado, ou seja, visando proteger a população que convivia em meio a um bairro que não dispunha de coleta de esgoto, o Ministério Público ingressou com uma ação civil pública, provocou o Poder Judiciário que, por sua vez, impôs acertadamente um dever de conduta à Administração.

Não apenas nesse caso, mas diante de um cenário em que não houvesse uma condenação judicial, mas cuja pressão viesse da própria população pela melhoria dos serviços públicos a ela prestados, ainda assim, o gestor municipal deveria se preocupar em conseguir atender ao maior número possível de demandas, com a mesma restrição orçamentária.

Um dos caminhos possíveis a se seguir é a redução dos desperdícios, de tal sorte que a economia global obtida pelo esforço na melhoria da gestão seria suficiente para cobrir os custos dessas novas demandas sociais.

7. Eficiência administrativa

Segundo Carvalho Filho (2011), com a Emenda Constitucional nº 19/98, que incluiu no *caput* do art. 37 da constituição federal o princípio da eficiência, pretendeu-se estabelecer um novo patamar de obrigações aos gestores públicos, diante de um “descontentamento da sociedade” e de sua “impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários” (p. 53).

A inclusão desse princípio no texto constitucional suscitou críticas à época que variavam desde a imprecisão do termo – quando se pode dizer que a atividade administrativa é eficiente ou não? – até a incertezas quanto à sua aplicação prática, pois ninguém se torna eficiente por essa qualificação ter sido elevada a princípio constitucional⁴. Para ele, mais importante do que mudar o texto constitucional seria transformar a “mentalidade dos governantes” (p. 53), que precisariam estar imbuídos do desejo de se buscar o atendimento dos reais interesses da coletividade em detrimento dos seus pessoais.

Cabe ressaltar, no entanto, que a eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. Enquanto a eficiência está relacionada com a ideia de otimização (fazer mais com menos), a eficácia guarda relação com a obtenção do resultado almejado, ou seja, o alcance das metas estabelecidas, e a efetividade, por sua vez, diz respeito ao alcance dos resultados, isto é, o impacto dos resultados na sociedade levando-se em consideração as motivações que fundamentaram a sua execução.

Considerando seu significado semântico, do princípio da eficiência é possível extrair que seu núcleo está associado à redução de desperdício e à otimização dos recursos. No âmbito interno da administração, significa

⁴ A esse respeito, Carvalho Filho cita IVAN BARBOSA RIGOLIN, que escreveu: “A inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional foi a atitude mais ineficiente da vida dos autores da ideia, nos últimos trinta anos” (O Servidor Público nas Reformas Constitucionais, Edit.Fórum, 2003, p. 26)

modernizar a máquina pública, trazendo instrumentos de gestão que aperfeiçoem o desempenho dos funcionários públicos, dando capacitação, formação continuada e treinamento ao pessoal, considerando tanto suas competências legais como capacidades cognitivas e motivação individual, renovando equipamentos tais como computadores e de acesso à *internet*, melhorando a infraestrutura e instalações para o desempenho das atividades e funções públicas etc. No que tange ao resultado esperado pela aplicação desse princípio, espera-se observar a melhora na oferta dos serviços públicos prestados diretamente à coletividade.

Alguns gargalos geram ineficiências, tais como problemas de fluxo (de informação, de bens, de pessoas), a falta de instrumentos ou insumos necessários para que determinada atividade ocorra, ou a existência de desperdícios, pelo descuido e falta de zelo no desempenho das atividades, no gasto descontrolado de materiais. Identificar esses estrangulamentos e desfazê-los, reduzindo desperdícios, é de suma importância para se alcançar resultados com eficiência.

Essa mudança de paradigma no trato da coisa pública é necessária e não ocorre espontaneamente (ou, se ocorre, não se dá na velocidade desejável), é preciso comunicar, estimular, incentivar, dar condições para que a transformação ocorra e estabelecer metas mensuráveis para verificar o alcance dos resultados. É preciso que se invista nessa empreitada e que a sociedade cobre uma nova postura dos gestores públicos, tendo por parâmetros os princípios republicanos.

A esse respeito, é de se dizer que assuntos não republicanos, que ainda permeiam boa parte da sociedade brasileira, e provocam sérios desvios de recursos públicos para fundos privados, devem ser tratados na esfera do direito penal, não apenas administrativo, e não será tratado aqui, pois fugiria do escopo deste artigo e não seria investigado com a profundidade que o assunto merece.

8. Discussão e conclusão

O paradigma do Estado social democrático e de direito visa não apenas garantir liberdades individuais, mas tem por objetivo oferecer prestações materiais à população, com mecanismos de controle social.

Entretanto, os recursos necessários para a oferta de bens e serviços públicos não são infinitos, são oriundos da própria sociedade, que financia o gasto público por meio de tributos. É um paradoxo, pois quanto mais empobrecida é a sociedade (conjuntural ou estruturalmente), menor será sua arrecadação tributária e provavelmente maiores serão suas demandas sociais.

Mesmo em sociedades mais prósperas, as desigualdades sociais e regionais geram distorções e o gestor público sofre pressão para estabelecer quais são as prioridades de governo, quais áreas e problemas serão resolvidos antes dos demais. O grupo dos que contribuem com um peso maior na arrecadação quer ver suas demandas atendidas com maior celeridade, enquanto que o outro, mais vulnerável, necessita da atuação estatal para ter garantidas condições mínimas de sobrevivência.

Porém, há um conjunto de serviços públicos que deve ser fornecido indistintamente, a todos os administrados, independentemente da participação desigual na contribuição tributária. Dentre os serviços essenciais, o esgotamento sanitário é um dos mais basilares, pois é impossível conceber uma vida digna se a pessoa reside no meio do esgoto que corre a céu aberto, muitas vezes passando pelos quintais das casas.

Esbarrando na reserva do possível, que é a limitação orçamentária fática, imposta pela (eterna) insuficiência de arrecadação, muitas vezes o gestor adia a execução desse tipo de serviço, estabelecendo outras prioridades para a administração pública.

A doutrina e a jurisprudência, entretanto, entendem que o poder discricionário que elenca as prioridades de atuação estatal não é totalmente desprovido de controle social ou judicial. Por esse motivo, muitas vezes o ministério público intervém e busca no Poder Judiciário a imposição da obrigação de agir à administração pública, visando garantir às pessoas um mínimo existencial para uma vida digna. É o que se viu no exemplo aqui apresentado, em que um município foi corretamente condenado a um dever de agir (implementar um serviço essencial).

Contudo, a limitação à atuação do gestor público nos moldes e parâmetros aqui discutidos não é o único elemento à melhoria da prestação dos bens e serviços públicos à população, ainda que essencial. Há fatores que são decisivos nesse aspecto que é o combate à corrupção e o aprimoramento

constante da máquina administrativa, visando à melhoria da gestão, de modo a tornar mais eficientes os gastos públicos, incluindo neste quesito o aperfeiçoamento dos funcionários públicos e a melhoria da infraestrutura.

O próprio combate à ineficiência, por sua vez, deve ser eficiente, eficaz e efetivo, ou seja, não se pode conceber um aparato de fiscalização e controle que gere mais gastos do que ele pretensamente consegue economizar. Por este motivo, é de fundamental importância a participação social no exercício do controle, que, pela capilaridade da fiscalização alcança de forma mais abrangente eventuais desvios, deveria ser estimulada.

Apesar desse ser um processo lento, o Brasil tem avançado no fortalecimento de suas instituições públicas e nos mecanismos de controle social, sobretudo nos municípios de maior porte, que têm condições de orçamentárias de investimentos na própria gestão, ainda que os problemas a serem enfrentados sejam muitos, profundos e abrangentes. Os pequenos municípios, entretanto, enfrentam um desafio muito maior, pois o contexto social e econômico não facilita tais transformações.

Mas, mesmo nos ambientes mais inóspitos, se os administradores públicos atuassem dentro dos parâmetros da legalidade e na busca pelo interesse público, quiçá muitos desses problemas já teriam sido resolvidos.

Isso, contudo, é outra história.

Referências

AMADO, Frederico. Direito Ambiental Esquematizado. São Paulo: Médoto, 2014.

BORGES, Alice Gonzalez. “Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas.” Revista Eletrônica de Direito Administrativo, n. 37, fev/mar/abr, 2014.

BRASIL. “Lei Federal nº 11.445.” Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Brasília: Senado Federal, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

—. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

—. Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lamen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Atlas de saneamento. Rio de Janeiro: Diretoria de Geociências, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013.

NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Método, 2013.

PIEROTH, Bodo, e SCHLINK, Bernhard. Direitos Fundamentais. Tradução: Antonio Francisco SOUZA e FRANCO, Antonio. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira, e SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

TORQUATO, Gaudêncio. “Artigos.” CEBRASSE - Central Brasileira do Setor de Serviços. 01 de 09 de 2008. <http://www.cebrasse.org.br/730> (acesso em 04 de 04 de 2016).

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo. 177: 29-49. Jul/Set, 1989.

XIMENES, Júlia. “A Judicialização das Políticas Públicas - ativismo judicial ou instrumento de construção da cidadania inclusiva?” Res Pvblica - ANESP, 2011.

O DECLÍNIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO DO BRASIL E O FRACASSO DO INTERESSE PÚBLICO NAS CONDICIONANTES AMBIENTAIS EM OBRAS DE INFRAESTRUTURA

Luciano Ramos de Oliveira

Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar se o reassentamento populacional deve ser exigido em sede de licenciamento ambiental de obras públicas. Após a introdução, discorremos sobre os requisitos nas condicionantes de licenciamentos ambientais como desestímulo ao empreendimento em infraestrutura no Brasil. Após, abordamos a questão da imposição de “desapropriação” em bens públicos como procedimento necessário para início das obras de infraestrutura. Fechando o desenvolvimento do trabalho, tratamos das condicionantes ambientais de reassentamento popular e sua relação com os direitos humanos e o declínio da supremacia do interesse público. Por fim, apresentamos as conclusões, dando conta de que o procedimento de licenciamento ambiental não tem se mostrado o meio mais adequado de suprir lacunas em políticas públicas que não guardam relação direta com o meio ambiente, criando, em verdade, complexos entraves à melhoria da infraestrutura do país e, conseqüentemente, ao desenvolvimento nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Licenciamento ambiental – Condicionantes – Reassentamento populacional – Direitos fundamentais

RESUME: This article aims to analyze whether the resettlement should be required for environmental licensing of public works headquarters. After the introduction, carry on about the requirements on environmental licensing conditions as a disincentive to development in infrastructure in Brazil. After we address the issue of imposition of "expropriation" in public goods as a necessary procedure for the commencement of infrastructure works. Closing the development of this work, dealing with environmental constraints popular resettlement and its relation to human rights and the decline of the supremacy of the public interest. Finally, we present the final considerations, realizing that the environmental licensing procedure has been shown to be the most appropriate means to fill gaps in public policy that no direct relationship with the environment, creating, in fact, complex barriers to improvement the country's infrastructure and, consequently, the national development.

KEY WORDS: Environmental licensing - Determinants - Population resettlement - Fundamental rights

Introdução

Busca-se analisar nesta pesquisa em que medida o reassentamento popular pode ser considerado uma condicionante ambiental e seu impacto no tocante ao interesse público em âmbito de “desapropriação” por utilidade pública em bens públicos para obras de infraestrutura.

Será utilizado para tanto, casos concretos e como se deu a imposição dessa condicionante e seus impactos orçamentários.

A pesquisa também se aterá ao desiderato da desapropriação e sua relação com o interesse público, expondo a natureza dos bens públicos e os enfrentamentos na jurisprudência de quem retém bem público para estabelecer moradia.

Desta forma, serão expostos os problemas em estabelecer o reassentamento popular como condicionante ambiental, seja no aspecto jurídico ou no modo de se implementar políticas públicas por essa via. Pois, os impactos jurídicos e orçamentários destas condicionantes não estão previstos inicialmente por um ente que pretende executar obras de infraestrutura. Isso causa o atraso na conclusão dessas obras, trazendo prejuízos para os cofres públicos e para toda a sociedade, que necessita dessa melhoria infraestrutural para experimentar maiores níveis de desenvolvimento socioeconômico.

Como será demonstrado, o impacto negativo é ainda maior quando há a interferência judicial por meio de ação civil pública para realizar o reassentamento, o que estaria violando a competência do próprio órgão licenciador (ambiental) e causando externalidade negativa em toda coletividade com vistas a assegurar os ditos “direitos fundamentais”.

Por fim, outro ponto a ser analisado é o enquadramento da política pública – reassentamento – como garantia de direitos humanos (propriedade) e direito fundamental à moradia. Discutir-se-á então a amplitude e imprecisão terminológica destes direitos utilizados para fundamentar as condicionantes ambientais e interferência judicial.

1- Os requisitos nas condicionantes de licenciamentos ambientais e o desestímulo ao empreendimento em infraestrutura no Brasil

As normas ambientais, em regra, possuem como atributo o caráter genérico dos seus preceitos normativos, assim, impende-se uma colmatação destas normas com exames técnicos para cada pedido de licenciamento. É exatamente nestes exames técnicos que abre-se espaço para imposição de condicionantes ambientais⁵:

Ou seja, em que pese as licenças ambientais possuírem características de atos administrativos vinculados, há no curso do processo administrativo espaço para o exercício pelo órgão licenciador da discricionariedade técnica para imposição de condicionantes ambientais e, conseqüentemente, para a emissão da respectiva licença ambiental.

Assim, nesta “zona cinzenta” entre o ato vinculado e discricionário que as condicionantes ambientais podem tornar as obras de infraestrutura excessivamente onerosas tanto no fator de recursos (não só financeiros) quanto no fator tempo.

Um exemplo de condicionante ambiental que além de conter impropriedade em seu enquadramento são os reassentamentos ambientais, que impactam no valor do empreendimento e no fator tempo da obra. Nota-se, portanto, que o quesito ecológico encontra-se em segundo plano. Assim, dissertou a então ministra do meio ambiente Isabella Teixeira⁶:

Hoje, cerca de 80% dos problemas do licenciamento na área federal estão ligados às questões sociais e econômicas. Enquanto que as questões ecológicas são cerca de 20%. As pessoas estão jogando para dentro do licenciamento situações que poderiam ser resolvidas antes.

⁵ SANT'ANNA, Luiz Fernando Henry. MACHADO, Lourdes de Alcântara. SPITZECK, Marise Hosomi. MOURA, Gabriel. A necessária sistematização da interlocução entre os órgãos públicos no âmbito dos processos de licenciamento ambiental das obras de infraestrutura. In: MILARÉ, Édís, Moraes, Roberta Jardim de, ALMEIDA, André Luís Coentro de. (orgs). *Infraestrutura no Direito do Ambiente*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p.325

⁶ TEIXEIRA, 2013 apud, TORRES, 2015, p.355. In: MILARÉ, Édís, Moraes, Roberta Jardim de, ALMEIDA, André Luís Coentro de. (orgs). *Infraestrutura no Direito do Ambiente*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015 .

Desta forma, impera que o Estado faça um planejamento prévio para que questões sociais não sejam entrave nos projetos de infraestrutura e por conseguinte no desenvolvimento nacional (social e econômico). Um planejamento formulado pelos entes políticos envolvidos na obra e com a participação social, tornaria o licenciamento ambiental em sentido próprio, que é minorar ou evitar os impactos ambientais propriamente ditos, no dizer de Marcos Abreu Torres⁷:

A ausência de um planejamento integrado do desenvolvimento, com participação social, faz com que toda carga de passivos, sejam sociais, sejam ambientais, deságuem no licenciamento ambiental de cada uma das atividades ou empreendimentos individualmente considerados, se colocando sobre os ombros deste instrumento problemas e situações que ele não tem aptidão para resolver.

Contempla-se, então, que o ônus de um projeto de infraestrutura no Brasil recai sobre os empreendedores, públicos ou privados, que ficam responsáveis por atender a todos quesitos e condicionantes ambientais para que iniciem, ou prossigam, com as obras que trazem significativo retorno social e econômico para o país.

A problemática se insere neste ônus supracitado, pois muitas destas questões que devem ser atendidas como condicionante originaram-se antes mesmo destes empreendedores idealizarem qualquer projeto. De forma impecável Marcos Abreu Torres traz em sua pesquisa a opinião do Banco Mundial⁸:

De repente esse passivo social “cai no colo” dos empreendedores e dos órgãos ambientais, para que resolvam questões complexas por meio de um ato administrativo. Muitas são demandas sociais que emergem durante o licenciamento, mas que na realidade originaram-se muito antes do empreendimento, e não deveriam ser de responsabilidade do proponente do objeto. São exemplos desse tipo de demanda os investimentos para construção ou asfaltamento de rodovias em áreas distantes do empreendimento e ações sociais voltadas para as populações não atingidas pelo empreendimento, como

⁷ Ibid., p.359.

⁸Banco Mundial, 2008 apud, TORRES, 2015, p.360. In: MILARÉ, Édís, Morais, Roberta Jardim de, ALMEIDA, André Luís Coentro de. (orgs). *Infraestrutura no Direito do Ambiente*.

São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

cestas básicas para moradores carentes, instalação de postos de saúde e escolas, entre outras.

Destarte, não resta qualquer dúvida que as condicionantes ambientais tornaram-se uma panaceia de práticas abusivas, ou seja, são criadas exigências que comportam interesses das mais diversas áreas da sociedade. Desta maneira, uma condicionante ambiental, que deveria ser mero ato administrativo, na verdade pode se transformar no maior veículo de políticas públicas desarrazoadas e não planejadas:

A ausência de *expertise* para tratar das questões extra ambientais, aliada à prática abusiva de se exigir compensações sem previsão em lei, surpreendendo o administrado com “medidas imediatas e desconectadas”, como constatado por Torre com base no escólio de Justen Filho⁹ (Justen Filho, 1986, p.51), pode resultar na definição de condicionantes de cunho social impostas de forma inconstitucional à responsabilidade do empreendedor.

Neste sentido, a ministra do meio ambiente também explana sobre a “farra das condicionantes” dita por Marcos Abreu Torres¹⁰:

“muitos pedidos incluídos por prefeitos ou outras instituições, muitos pedidos não têm (sic) ligação com a compensação de um impacto ambiental. O que tem acontecido é que por pressão, empreendedores acabam, por exemplo, comprando ambulâncias como compensação ambiental. Esses são os arranjos que são colocados como condicionantes para o licenciamento.”

Hodiernamente, qualquer empreendedor (público ou privado) hesita em iniciar qualquer projeto de infraestrutura devido aos excessos cometidos nos licenciamentos ambientais, tal receio traz consigo um prejuízo enorme para o desenvolvimento socioeconômico de qualquer região e, em última análise, ao Brasil.

Isto posto, é deveras importante que se tenha um planejamento anterior de diversas políticas públicas que não se comunicam diretamente com

⁹ JUSTEN FILHO, 1986 apud TORRES, 2015, p.361

¹⁰ FGV, 2011 apud TORRES, 2015, p.361

a questão ambiental e que se revise as próprias normas ambientais afim de minorar tais excessos.

O que se idealiza não é o abandono ou a desídia do Estado (ou empreendedor) com as questões sociais que são impostas como condicionantes, mas sim a revisão da forma com que se tem feito tais políticas públicas, ou seja, as condicionantes/compensações ambientais não são o instrumento mais adequado para este tipo atuação do Estado ou empreendedor privado.

2- O desafio da indevida “desapropriação” em bens públicos como procedimento necessário para início das obras de infraestrutura

Um dos maiores exemplos da inadequação do licenciamento ambiental como forma de implementação de políticas públicas que não se relacionam diretamente com questões ambientais é o da desapropriação em bens públicos como procedimento necessário para o início de obras de infraestrutura.

A desapropriação é o instrumento que relativiza o direito fundamental à propriedade encartado no art. 5º, XXII da CRFB/88, sobrepondo o interesse público face ao direito fundamental do indivíduo.

Todavia, esta relativização obedece regras, pois lesionar direitos fundamentais por meio de ato estatal pressupõe justo motivo e atendimento as formalidades que a própria CRFB/88 dispõe.

Assim, existem cinco espécies de desapropriação na Magna Carta de 1988 e seus respectivos diplomas normativos: desapropriação por necessidade/utilidade pública (art.5º, XXIV da CRFB/88 e Decreto-Lei nº 3.365/61), desapropriação por interesse social (art. 5º, XXIV da CRFB/88 e Lei 4.132/62), desapropriação urbanística (art. 182, §4º, III da CRFB/88 e Lei nº 10.257/01), desapropriação rural (art. 184-191 da CRFB/88, Lei nº 8.629/93 e Lei Complementar nº 76/93) e por fim, a desapropriação confiscatória (art. 243 da CRFB/88 e Lei nº 8.257/91).

Além das espécies supracitadas, existe a desapropriação judicial prevista no art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil, denominado por José dos Santos Carvalho Filho¹¹ de expropriação judicial:

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Nesta hipótese, encontra-se uma única diferença entre as desapropriações clássicas previstas na CRFB, que é a transferência da propriedade entre particulares, sendo os demais pressupostos semelhantes, transferência compulsória por ato estatal (sentença) e prévia indenização.

Utilizar-se-á como recorte epistemológico o instituto da desapropriação por utilidade pública, regulada pelo Decreto-Lei n. 3.365/61, visto que os casos analisados (obras de infraestrutura em bens públicos) se enquadram neste diploma normativo.

Nota-se que em todos os atos de desapropriação o poder de império impõe uma restrição de titularidade ou exercício de direito, seja por intervenção na propriedade por desapropriação ou por mera limitação administrativa ao particular. Preserva-se, deste modo, o interesse coletivo em prol do interesse particular.

Outro ponto de grande relevância é a relação entre o instituto da desapropriação com os bens públicos.

Dessa maneira, é deveras importante expor algumas ponderações sobre os bens públicos. Primeiramente, bens públicos, de acordo com Carvalho Filho¹², são:

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25º ed. São Paulo: Editora Atlas. 2012, p. 769

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25º ed. São Paulo: Editora Atlas. 2012, p. 1123

todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas.

A partir de tal conceito, a pesquisa se aterá na classificação dos bens públicos quanto à sua destinação, pois a desapropriação recai necessariamente neste ponto. Nesse sentido, a destinação dos bens públicos pode ser de uso comum do povo (utilização geral da coletividade), uso especial (destinados à execução dos serviços administrativos/serviços públicos) e bens dominicais (todos os bens que não comportam destinação específica).

O bem de uso comum traz consigo uma discussão de grande importância em âmbito da desapropriação, qual seja, a possibilidade de indenização ou estabelecimento de condicionantes ambientais para retirar pessoas que ocupam estes bens. Interessante destacar que algumas legislações esparsas consagram a supremacia do interesse público no tocante aos bens de uso comum do povo, como por exemplo, art. 71 do Decreto-Lei nº 9.760/46:

Art. 71. O ocupante de imóvel da União sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil

Devido ao motivo do bem de uso comum do povo não comportar a transferência de propriedade, nem por usucapião, o que por decorrência lógica não caracteriza sequer a posse do indivíduo, a própria administração tem o poder/dever de exigir a retirada daqueles que ocupam propriedade insuscetível de individualização do seu uso.

De tal forma, no tocante à descaracterização de propriedade ou posse de quem ocupa tais bens, a jurisprudência¹³ vem confirmando tal entendimento:

¹³ AC 199938000030790/MG, Rel. Osmane Antonio dos Santos, 2ª Turma Suplementar, 27/08/2013

O STJ de tal forma também decidiu: “A indevida ocupação de bem público descaracteriza posse, qualificando mera detenção, de natureza precária, que inviabiliza a pretensa indenização por benfeitorias.

ADMINISTRATIVO. OBRA CONSTRUÍDA À MARGEM DE RODOVIA FEDERAL. ÁREA NÃO EDIFICÁVEL ATESTADA POR PERÍCIA TÉCNICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DEMOLIÇÃO DA CONSTRUÇÃO. INDENIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

1. O art. 4º, III, da Lei 6.766/79, ao fixar a faixa non aedificandi de 15 (quinze) metros às margens das rodovias, como já definiu o STJ, é uma limitação administrativa, de índole legal, o que afasta sua caracterização como forma de aquisição de propriedade (servidão), portanto, não gera direito à indenização (REsp 750050/SC, Min. Luiz Fux, DJ 07/11/2006, p. 242), posto que essa restrição tem como finalidade a segurança de pessoas e bens que trafegam nas rodovias, além de propiciar ao Poder Público condições de realizar obras de conservação, modificação e adaptação das rodovias às necessidades do tráfego rodoviário nacional.

2. Constatado, por perícia técnica, que o requerido construiu ou adquiriu terreno às margens da BR 116 (Km 179,05), com edificação datada de 1996, ou seja, em área não-edificável da rodovia federal, a administração tem o poder/dever de exigir sua demolição, sem que se possa falar em desapropriação, ou em demolição condicionada à indenização, mesmo que a edificação não seja passível de fácil divisão e tenha sido registrada em Cartório com cobrança de IPTU pela fazenda municipal.

3. Apelação a que se dá provimento.

Contempla-se, pois, que o interesse público na salvaguarda da relevância de bens públicos para o uso de toda a coletividade, perpassa pela manutenção e guarida dos bens de uso comum do povo sob sua tutela.

Assim, não deve o Estado indenizar ou sequer “requerer” reintegração de posse (art. 554 do CPC/2015), pois como já dito anteriormente, não existe propriedade, nem posse, apenas mera retenção do particular sobre bem público.

Além do processo de licenciamento ambiental e suas condicionantes impróprias, o empreendedor público, em certos casos, tem que suportar o encargo de indenizar algumas benfeitorias de particulares que se situam em bem de uso comum do povo. Nota-se que o Estado, enquanto empreendedor de obras públicas, acaba “desapropriando”, por imposição do próprio Estado enquanto licenciador ambiental, o que não apropriável pelo particular.

3- As condicionantes ambientais (reassentamento popular) em atos de desapropriação, os direitos humanos e o declínio da supremacia do interesse público

Com a pujança do axioma “dignidade da pessoa humana” em todo diploma normativo, fruto da irradiação dos efeitos da CRFB/88, criou-se uma cultura jurídica voltada para preservar tal princípio. Princípio este, que comporta uma imprecisão terminológica ao ponto de ser suporte para qualquer relação jurídica existente, entre particulares ou entre estes e o Estado.

O perigo de sobrelevar tal princípio reside na atuação estatal e até mesmo na livre iniciativa voltada à ordem econômica, pois todas as ações estatais que limitem ou frustrem direitos estarão eivadas de vício e portanto deverão ser coibidas. Tal situação “engessaria” qualquer ação estatal que vise o interesse público, além desse engessamento, este “super-princípio”, esteado nos direitos humanos que emergiu no pós guerra, traz também insegurança e imprecisão nas relações jurídicas, Lênio Streck¹⁴ assim fez a crítica a excessiva abertura axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana:

essa linha ultra-ativista, dá-se três mães a uma criança e/ou dois ou três pais (fora os avós); estende-se licença-maternidade por três ou quatro meses porque a mãe teve trigêmeos; licença maternidade para homem que adotou gêmeos com licença dobrada; concede-se usucapião de terras públicas em nome da dignidade da pessoa humana (até a caça se proíbe com base nesse super-princípio), que, também serve para fundamentar sentenças cíveis em acidente de trânsito, reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para julgar ações de terceirizados contra a União, inadimplemento de obrigações, elasticidade para reconhecimentos de assédio moral, alteração de função de trabalhador em ofensa à convenção coletiva, reintegração de posse (afinal, qual é a reintegração que não viola alguma “dignidade”?)

¹⁴ STRECK, Lênio. Zimermann, Schimidt, Streck e Otavio: todos contra o pan-principalismo. Senso Incomum. 5 de março de 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-05/senso-incomum-balde-agua-fria-pan-principalismo-clausulas-gerais2#sdfootnote5sym> >. Acesso em: 23/05/2016

Diante deste cenário, os efeitos da aplicação desarrazoada dos direitos humanos em todas relações estatais vêm inviabilizando e tornando cada vez mais onerosa as ações estatais, no caso, as desapropriações.

A título de exemplo, a Ponte do Guaíba ¹⁵ – localizada no Rio Grande do Sul- teve que se submeter ao reassentamento habitacional de cerca de 998 famílias que se localizavam próximas as obras da respectiva ponte, fator este que contribuiu para elevar ainda mais o valor do empreendimento que tinha a previsão inicial no valor de R\$ 649,6 milhões. Ou seja, além de uma autarquia federal (o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT) ter que orçar o custo total do empreendimento e valer-se do poder de império que lhe é outorgado por lei (Lei nº 10.233/01) esta deverá arcar com custos de diversas outras políticas públicas, isto é, dispor de recursos para áreas afetas ao estado do Rio Grande Sul, situação que deságua em desestímulo ao investimento em infraestrutura que beneficiaria toda a região, possibilitando-lhe alcançar níveis maiores de desenvolvimento socioeconômico.

Além dos órgãos estaduais (ambientais e outros), o reassentamento popular já vem sendo requisitado por instituições em nível federal como o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União como relatado no PARECER Nº 1491/2014/PFE/DNIT/PGF/AGU¹⁶:

12. Ainda no ano de 2013, a Defensoria Pública da União - DPU e o Ministério Público Federal - MPF ajuizaram, em litisconsórcio, a Ação Civil Pública nº 57367-09.2013.4.01.3800, que tem por objetivo último garantir o direito à moradia e ao trabalho das famílias que serão afetadas pelas obras da BR-381/MG e Anel Rodoviário de Belo Horizonte. Na referida ação judicial, figuram como réus o próprio DNIT, a União, a Caixa Econômica Federal, o Município de Belo Horizonte, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais, dentre outros.

A discussão jurídica neste parecer supracitado também aborda o Termo de Cooperação celebrado entre o DNIT e a Justiça Federal que deu

¹⁵ Obras da nova ponte do Guaíba instalam os canteiros industriais. Disponível em: <<http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/Geral/2015/1/545663/Obras-da-nova-ponte-do-Guaiba-instalam-os-canteiros-industriais>>. Acesso em: 23/05/2015

¹⁶ Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Procuradoria Federal Especializada junto ao DNIT. Parecer nº 1491/2014. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/297986>. Acesso em: 23/05/2015

ensejo à descentralização de crédito no valor de R\$ 11.169.728,18 para remoção dos ocupantes do bem público.

Constata-se que por meio da ação civil pública ¹⁷questões de cunho eminente técnico administrativo estão sendo discutidas por vias judiciais. Esta situação, entrega nas mãos do poder judiciário a análise de temas que não estão em sua alçada, fato que retira do Poder Executivo a gerência e condução dos seus projetos de infraestrutura e políticas públicas por vias adequadas. Neste sentido Marcos Abreu Torres compartilha:

O planejamento estatal é o melhor caminho para uma gestão ambiental eficiente. As decisões políticas devem ser tomadas antes, para que não sejam geradas expectativas que dificilmente serão atendidas no processo de licenciamento. Frustradas nessa fase, acabam resultando demandas ao Judiciário, que tampouco será capaz de atendê-las.

Assim, ficou definido no citado Parecer que, apesar de serem ocupantes de bens públicos (faixa de domínio), não suscetíveis de indenização, admite-se a exceção para mitigar os danos ambientais advindos da obra da autarquia, considerando para isso, como dano ambiental, o impacto socioeconômico previsto como condicionante ambiental. Aqui retoma-se o desafio do procedimento de desapropriação, ou seja, indeniza-se algo que não é suscetível de indenização.

O reassentamento popular como condicionante ambiental é por si só intrigante, visto que o próprio conceito de licença ambiental não abarcaria tal hipótese, como se pode notar no art.1º, II, da Resolução CONAMA 237/97:

II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente

¹⁷ Marcos Abreu Torres assim enfatiza: “Para que um conflito que começa na esfera administrativa vá parar no judiciário é um “piscar de olhos”, ainda mais se tendo uma Justiça gratuita para a defesa de interesses difusos e sem quaisquer formas de controle, responsabilização ou sucumbência aos proponentes, em especial os membros do Ministério Público – MP. TORRES, Marcos Abreu. *O licenciamento ambiental de infraestrutura na encruzilhada*. In: MILARÉ, Édis, Moraes, Roberta Jardim de, ALMEIDA, André Luís Coentro de. (orgs). *Infraestrutura no Direito do Ambiente*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 363.

poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

De qualquer forma, o reassentamento populacional também não pode ser justificado com base no artigo 1º da Resolução CONAMA 1/1986, sob a simplória alegação de que as obras afetariam as atividades econômicas e sociais, pois a disciplina deste diploma normativo se trata de risco fundado em impacto negativo nas atividades sociais, o que não ocorre no caso de obras que visem o interesse público e a melhoria de toda a coletividade, principalmente por se tratar de obra em bem público. Note-se que, de um modo geral, os órgãos ou entidades responsáveis pelo licenciamento ambiental não explicam como chegaram à conclusão de que os prejuízos socioambientais trazidos pela obra pública à determinada comunidade somente serão compensados com um reassentamento integral.

Desta forma, a pretensão de estabelecer como condicionante a remoção e reassentamento de quem reside ilegalmente em bem público, afeta significativamente o atendimento das demandas de toda a coletividade, seja em nível federal ou estadual, o que demanda mais gastos públicos e tempo para solucionar problemas que afetem diretamente a vida de todos que compõe tal meio social. Portanto, é importante que se revise os institutos, normas e competências no tocante às condicionantes ambientais afim que se evite o “jeitinho” para licenciar algo não licenciável como disserta Torres¹⁸:

Tivesse o licenciamento ambiental bem lastreado nesses instrumentos prévios, a necessidade de se fixar condicionantes nas licenças seria diminuída. Há quem defenda as condicionantes justamente pelo fato que se não fossem elas algumas licenças jamais poderiam ser aprovadas. Se esse argumento possui algum fundamento é devido à ausência de instrumentos de planejamento e ordenamento territorial, bem como de padrões de qualidade ambiental. O abuso de condicionantes significa improviso, “jeitinho” que se encontra para licenciar algo não licenciável ou algo sem regras previamente estabelecidas pelo Poder Público.

Por fim, conclui-se que os atos de “desapropriação” (inexiste propriedade) de quem retém bem público para benefício próprio não fere os

¹⁸ TORRES, Marcos Abreu. *O licenciamento ambiental de infraestrutura na encruzilhada*. In: MILARÉ, Édis, Moraes, Roberta Jardim de, ALMEIDA, André Luís Coentro de. (orgs). *Infraestrutura no Direito do Ambiente*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 366

diplomas ambientais e muito menos a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948¹⁹, uma vez que não há privação arbitrária da propriedade, visto que no caso em análise inexistente relação de posse, quiçá de propriedade, e a condicionante indevida não implica em mudança do real sentido da licença ambiental, que é a adequação ou real compensação ambiental, não veicular políticas públicas.

Conclusão

Conclui-se que o reassentamento popular posto como condicionante ambiental traz consigo uma série de externalidades negativas sob o prisma do interesse público.

Dentre as externalidades negativas é possível verificar de forma clara o impacto orçamentário, pois um ente responsável por infraestrutura não comporta orçamento destinado às políticas públicas, e o fator tempo que paralisa a obra, o que gera custos e lentidão na solução de problemas que atingem toda a coletividade em prol de supostos direitos fundamentais de algumas famílias.

Assim, o reassentamento imposto judicialmente gera também as mesmas externalidades.

Nesta pesquisa é passível de conclusão que a políticas pública de reassentamento é deveras importante, mas que o modo que está sendo executada está em desconformidade com o ordenamento pátrio em sede de direito público (ambiental e normas administrativas).

Desta forma, o interesse público entra em colapso quando a Administração se encontra submissa a essas condicionantes ambientais, que devem ser atendidas, para que execute suas atividades fins, no caso em análise, obras de infraestrutura em bens públicos.

¹⁹ Assim emana a Declaração Universal de Direitos Humanos em seu artigo XVII: “1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”. Declaração Universal de Direitos humanos. Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> > Acesso em: 19/06/2016

Tal situação tem como fundamento jurídico conceitos vagos e imprecisos, de maneira que institutos com regramento próprio e dotados do poder de império como os atos de desapropriação não mais tenham a efetividade prevista na CRFB/88 ou normas específicas sobre o tema.

Portanto, o reassentamento popular nos moldes como é imposto nos casos analisados nesta pesquisa mitigam o interesse público, a atuação estatal e a própria natureza dos bens públicos em razão de preservar os ditos “direitos humanos/fundamentais”.

Referências

Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Procuradoria Federal Especializada junto ao DNIT. Parecer nº 1491/2014. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/297986 >. Acesso em: 23/05/2015

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22/05/2016

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/leis/2002/l10406.htm>> Acesso em: 23/05/2016

BRASIL. RESOLUÇÃO CONAMA 001 DE 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>> Acesso em: 23/05/2016

BRASIL. RESOLUÇÃO CONAMA 237 DE 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html> > Acesso em: 23/05/2016

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365/41. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm> Acesso em: 23/05/2016

BRASIL. Decreto-Lei nº 9.760/46. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del9760.htm > Acesso em: 23/05/2016

BRASIL. Lei nº 10.233/01. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm > Acesso em: 23/05/2016

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 199938000030790/MG, Rel. Osmane Antonio dos Santos, 2ª Turma Suplementar, 27/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 851.906. Distrito Federal. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25º ed. São Paulo: Editora Atlas. 2012.

Declaração Universal de Direitos humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> > Acesso em: 19/06/2016

Obras da nova ponte do Guaíba instalam os canteiros industriais. Disponível em: <<http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/Geral/2015/1/545663/Obras-da-nova-ponte-do-Guaiba-instalam-os-canteiros-industriais>>. Acesso em: 23/05/2015

SANT'ANNA, Luiz Fernando Henry. MACHADO, Lourdes de Alcântara. SPITZECK, Marise Hosomi. MOURA, Gabriel. A necessária sistematização da interlocução entre os órgãos públicos no âmbito dos processos de licenciamento ambiental das obras de infraestrutura. In: MILARÉ, Édis, Moraes, Roberta Jardim de, ALMEIDA, André Luís Coentro de. (orgs). *Infraestrutura no Direito do Ambiente*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015

STRECK, Lênio. Zimmermann, Schmidt, Streck e Otavio: todos contra o pan-principalismo. Senso Incomum. 5 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-05/senso-incomum-balde-agua-fria-pan-principalismo-clausulas-gerais2#sdfootnote5sym> >. Acesso em: 23/05/2016

TORRES, Marcos Abreu. *O licenciamento ambiental de infraestrutura na encruzilhada*. In: MILARÉ, Édis, Moraes, Roberta Jardim de, ALMEIDA, André

Luís Coentro de. (orgs). *Infraestrutura no Direito do Ambiente*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 366

INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES Á LUZ DA TEORIA DO PRAGMATISMO E DAS RELAÇÕES INTERDISCIPLINARES

INTERPRETATION OF CLAUSES PRIVILEGIOS ACCORDING TO THE THEORY OF PRAGMATISM AND OF INTERDISCIPLINARY RELATIONSHIPS

Gilmar Brunizio²⁰

Resumo: O presente artigo por abordagem qualitativa, desenvolveu pesquisa bibliográfica sobre os divergentes entendimentos doutrinários acerca das cláusulas exorbitantes conferidas à Administração Pública. Os conflitos na relação jurídica das contratações governamentais não deverão ser resolvidos por intermédio de interpretação absolutista da supremacia de um interesse sobre o outro ou por exclusiva ponderação de valores dos direitos conflitantes. A proposta de um novo paradigma busca incrementar a interpretação no momento do ato, estabelecendo concepções relativas aos aspectos da relação interdisciplinar, empírico e pragmático. O método proposto se trata da análise final do momento da decisão que observará se a decisão afetará outros sistemas e, ainda, as consequências prováveis e imediatas, com o desiderato de resguardar o bem comum, sem descartar a normatividade. Portanto, ao julgador impõe-se o dever de observar os prováveis resultados, com o fim de resguardar a finalidade fundamental do Estado, ainda que a decisão seja proporcional ou não venha privilegiar o interesse de governo.

Palavras-chave: interesse público; pragmatismo; administrativo; clausulas exorbitantes.

Abstract: This article by qualitative approach, developed bibliographic search on the divergent doctrinarian understandings about exorbitant clauses conferred to the Public Administration. The conflicts in legal relationship of government procurement should not be resolved by means of interpretation absolutist of the supremacy of interest over the other or by exclusive weighting of values of human conflicting. The proposal of a new paradigm seeks to enhance the interpretation at the time of the act, establishing conceptions concerning aspects of interdisciplinary relationship, empirical and pragmatic. The proposed method is the analysis of the final moment of the decision that will notice if the decision will affect other systems and still, the probable consequences and immediate, with the desideratum of safeguarding the common good without discarding the normativity. Therefore, the magistrate imposes the duty to observe the likely results, with the purpose of safeguarding the fundamental purpose of the State, even though the decision is proportional or will not favor the interest of government.

²⁰ Mestrando do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida – PPDG-UVA. Especialista em Direito do Estado e Administrativo (2008) pela Universidade Gama Filho. E-mail: gilmar.brunizio@mbadvogados.com.br

Keywords: public interest; pragmatism; administrative; exorbitant clauses.

Introdução

Não temos dúvidas que a Administração Pública paga caro pelos seus privilégios de supremacia sobre o particular, pois toda imposição exacerbada de obrigações ou riscos assumidos pelo particular são transferidos para os custos da contratação. É o momento de acalmar os ânimos, fugir dos debates teóricos e criar alternativas para harmonizar os interesses e garantir segurança na contratação governamental.

Existem correntes doutrinárias divergentes sobre o tema²¹. Juristas tradicionais²² firmam entendimento no sentido da prevalência do interesse geral da coletividade sobre do particular. Enquanto que os juristas modernos²³ propõem sua desconstrução, sendo o princípio da proporcionalidade o ponto central de ponderação dos valores e harmonização dos conflitos.

Em decorrência da normatividade vigente persiste a prevalência do interesse público sobre o privado nas contratações governamentais, posto que a Administração Pública detém prerrogativas para assegurar a obtenção do bem almejado, dentre estas, a inserção de cláusulas exorbitantes aos contratos privados nos contratos administrativos²⁴. Não obstante, o crescimento de julgadores que adotam a teoria moderna, prestigiando os direitos fundamentais e a garantia do bem comum.

O presente ensaio introduz um novo paradigma no exercício das cláusulas exorbitantes, sem pugnar pela desconstrução da doutrina tradicional, como também não descarta o método da teoria moderna, se propõe observar, no

²¹ Ver divergências doutrinárias in “SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: DESCONSTRUÇÃO OU RECONSTRUÇÃO?”. BORGES (2011, p.2).

²² Celso Antônio Bandeira de Melo, Maria Silvia Di Pietro, Hely Lopes Meireles e outros. Importante advertir que há juristas modernos que defendem a preponderância do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, tanto quanto a doutrina tradicional, como por exemplo: Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem.

²³ Ver a obra de Alexandre Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Marçal Justen Filho, dentre outros.

²⁴ Atualmente tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 349, 2015 que propõe Incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Em seu conteúdo fica límpido a adoção da teoria do pragmatismo ao estabelecer que vedado ao agente público decidir sem medir as consequências, bem como, leva em consideração o momento do ato e as circunstâncias que o fizeram fazer aquela escolha.

momento da decisão, aspectos interdisciplinares, empíricos e pragmáticos nos atos administrativos e decisões judiciais que envolvam o exercício das prerrogativas da Administração perante o particular nos contratos administrativos.

Primeiro abordamos a comparação dos entendimentos tradicionalistas em face dos entendimentos contemporâneos. Os primeiros defendem a existência da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Enquanto os outros defendem que a aplicabilidade da supremacia deve ser moderada com a finalidade de garantir direitos fundamentais e preservar a liberdade econômica, nessa esteira.

Em seguida apresentamos o conceito das cláusulas exorbitantes e sua aplicação no cotidiano, refazendo-se uma leitura de seus objetivos diante do Estado do bem-social e da constituição econômica.

Por fim, propomos um novo paradigma do Direito Administrativo, propondo uma nova metodologia filosófica e jurídica para dirimir os conflitos de interesses nas contratações governamentais no que tange a aplicação das cláusulas exorbitantes, num estilo de interpretação finalística, empírica, interdisciplinar e pragmática.

Debatemos, ainda, duas decisões judiciais. A primeira, o caso da tarifa zero no transporte de passageiros do Município de Maricá, demonstrando que a decisão não considerou a relação interdisciplinar e não foi pragmática, na medida que a qualquer custo, viabilizou o interesse público primário de ir e vir, sem observar as consequências negativas imediatas e futuras ao erário municipal. A segunda decisão, trata de rescisão unilateral de um contrato administrativo, no qual ficou claro que a aplicação de cláusulas exorbitantes também consubstancia uma decisão pragmática, na medida que poderá cessar prejuízos ao interesse geral da coletividade.

Para o método proposto não é relevante se há supremacia de uma parte sobre a outra, muito menos indica desrespeito ao ordenamento jurídico, apenas sugere que a Administração ou o magistrado ao praticar o ato discricionário ou decisório considere as suas consequências e busquem a finalidade fundamental de alcançar o bem comum e os objetivos constitucionais.

1. As divergências e convergências da doutrina brasileira sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Embora as correntes dos publicistas tradicionais e modernos sejam divergentes, na medida que a primeira corrente defende sua existência, ao passo de considerá-la como axioma²⁵ a última defende até sua desconstrução. Entretanto, ambas admitem a importância dos argumentos de cada lado.

Bandeira de Melo (2014, p. 72), assim afirma: “Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos”. A compreensão do publicista se assemelha a dos juristas modernos, indicando que a aplicação da supremacia do interesse público sobre o privado deve ocorrer quando for indispensável ao interesse público, por conseguinte, não descarta a ponderação de valores para decidir sobre a prevalência dos interesses.

Com a mesma cautela, Daniel Sarmento (2005, p. 28) converge: “a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum”. Essa perspectiva demonstra a necessidade da supremacia do interesse público sobre o privado servir como um freio para o Estado não se tornar liberal, em sentido amplo.

Portanto, de forma ideológica não há polaridade de pensamentos entre as doutrinas divergentes, posto que ao final ambas possuem o objetivo de garantir o bem comum²⁶.

À vista disso, Humberto Ávila (2007, P. 13) corrobora:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). Por isso afirma HÄBERLE, referindo-se à Lei fundamental Alemã, muito menos insistente na proteção da esfera privada do que a brasileira: “Exagerando: o interesse privado é um ponto de vista que faz do conteúdo do bem comum da Constituição”. Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e

²⁵ Sobre esse entendimento ver Bandeira de Melo (2014, p. 70)

²⁶ Moreira Neto (2014, p. 10), conceitua o que é bem comum: “O interesse público, legalmente definido como o que está a posto sob a *responsabilidade* do Estado e tido como *finalidade* de sua ação, não é outro senão, em síntese o *interesse geral da sociedade*, ou em se preferindo, o *bem comum*.”

público, há em verdade, uma conexão estrutural (*ein struktureller Zusammenhang*).

Afastando-se da seara ideológica, importa, em igual sentido, que garantir os direitos dos particulares poderá proporcionar segurança jurídica que, por via de consequência, irá encorajar os indivíduos a desenvolver suas atividades econômicas e contratar com a Administração Pública. Logo, atender os interesses privados em muitos casos significa atender, sobremaneira, o interesse público.

Além dos divergentes pensamentos sobre a forma de solução dos conflitos entre interesses públicos e privados, merece destaque a divisão clássica²⁷ do interesse público, em primário e secundário. Sendo o primeiro as finalidades fundamentais do Estado e o segundo atos de governabilidade.

O interesse público primário não é objeto de ponderação, logo, admite a prevalência do interesse público nestas hipóteses. Contudo, sob o manto da teoria liberal de John Rawls, a solução dos conflitos entre interesses primários, faz-se-á sob os auspícios da dignidade da pessoa humana e da razão pública (BARROSO, 2010 ,p. 19).

Essa divisão, a nosso ver, é apenas pedagógica, pois ainda que o interesse público secundário possa ser relativizado, por muitas vezes, é por meio dele que se pode alcançar o interesse público primário, razão pela qual deve ser preservado da mesma forma. Por isso, que a proteção do erário é fundamental para garantir direitos sociais aos hipossuficientes, ultimando o equilíbrio do *status* social²⁸, por consequência, protegê-lo estar-se-á de forma indireta garantindo interesses públicos primários.

Não há dúvidas que a modificação do Estado, após o fenômeno do pós-positivismo e liberalização de atividades econômicas ocorrida nos anos 80²⁹, transformou o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, todavia, nosso sistema jurídico ainda contém normas que estabelecem esta

²⁷ Vide obra de Bandeira de Melo (2014, p. 66) sobre a origem da divisão do interesse público de acordo com sua finalidade, separando-o em interesse primário e secundário.

²⁸ Sobre esse tema ver Marshall (1967, p. 95)

²⁹ Aragão (2013, p. 243), descreve de forma precisa as transformações dos serviços públicos no Brasil.

superioridade, como as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, cujo passaremos a estudá-las.

2. Cláusulas exorbitantes: conceito

O contrato administrativo é um ajuste de vontades, como os contratos comuns. Nessa espécie a Administração Pública faz parte da avença e o objeto contratado visa alcançar alguma finalidade pública. O presente ensaio é restrito a aplicação das cláusulas exorbitantes na espécie chamada *contrato administrativo propriamente dito*³⁰, embora existam outras espécies de relação contratual em que a Administração Pública é parte.

O que diferencia o contrato administrativo propriamente dito das demais espécies de contratos é a supremacia de poder da Administração Pública que estabelece de forma unilateral os termos contratuais, inclusive, tendo a prerrogativa de criar cláusulas exorbitantes aos contratos comuns. Tais cláusulas se estabelecidas no direito privado seriam nulas, na medida que criam desigualdade entre as partes.

Cretella Junior (1985, p. 8) assim define as prerrogativas contidas no contrato administrativo a favor da Administração Pública: “Desse modo, ‘cláusula exorbitante’ é a proposição mandamental, formulada pela administração e aceita pelo particular, e que, inscrita entre as demais cláusulas do contrato, tipifica-o como administrativo”.³¹

Sempre, portanto, que a Administração impor sua supremacia de poder público para contratar particular, gozará de prerrogativas para garantir a finalidade pública, no qual a Administração Pública por meio de atos unilaterais poderá alterar os direitos e deveres do contratado, exclusive as cláusulas econômicas do contrato.

³⁰ Sobre definição das espécies de contrato administrativo consultar Marçal (2014, P. 918)

³¹ O Autor prefere denominá-las de cláusulas de privilégio, uma vez que chamá-las de cláusulas exorbitantes, significa dizer que tais cláusulas estão fora da órbita do direito civil, portanto, parece que o contrato público se baseia em seu nascedouro do direito civil, apenas diferenciando-se pela inclusão de normas que desequilibram a relação contratual. (CRETELLA JUNIOR, 1985, p.9)

Esses privilégios estão dispostos no art. 58 da Lei nº 8.666/93 que apresenta rol de prerrogativas que facultam sua aplicação nos contratos administrativos³².

Numa primeira análise, constata-se que as cláusulas exorbitantes consubstanciam a supremacia do interesse público sobre o privado, o que ocorre de fato. Contudo, o sistema jurídico que regula as contratações públicas possui diversos comandos que afiançam a manutenção dos direitos do administrado, seja para equilibrar a relação contratual ou para indenizá-lo³³.

Consequentemente, conclui-se que o sistema jurídico ao tempo que garante o atendimento ao interesse público, por intermédio das prerrogativas conferidas à Administração, não se abstém de garantir os direitos dos particulares. Enfim, protege-se o objetivo do Estado sem atribuir a responsabilidade de financiador ao contratado.

3. O novo paradigma do direito administrativo adequado as cláusulas exorbitantes

Nos capítulos anteriores, de forma breve, traçamos os entendimentos dos juristas tradicionais e modernos acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o conceito das cláusulas exorbitantes contidas nos contratos administrativos. Defendemos que há convergência ideológica dos pensadores e que a supremacia do interesse público possui o objetivo de assegurar o interesse geral sem afetar os direitos dos particulares.

³² Art. 58: O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

³³ Assim tem decidido o STJ: “ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. 1. A rescisão do contrato administrativo por ato unilateral da Administração Pública, sob justificativa de interesse público, impõe ao contratante a obrigação de indenizar o contratado pelos prejuízos daí decorrentes (art. 69, I, § 2º, do Decreto-Lei 2.300/86; art. 79, § 2º da Lei 8.666/93), como tais considerados, não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes (CC/1916, art. 1.059; CC/2002, art. 402). Precedentes. 2. Embargos de divergência a que se dá provimento. (EREsp 737741 / RJ - EMBARGOS DE DIVERGENCIA EM RECURSO ESPECIAL - 2008/0110646-7 – Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI).

À título de demonstração, o publicista Meireles (2015, p. 241) defende que: “Daí por que já decidimos que nos contratos celebrados pela coletividade não se pode interpretar suas cláusulas contra essa mesma coletividade, para só se atender aos direitos individuais do particular contratado”.

De forma distinta ao que se acaba de aludir, o novo paradigma proposto, propõe a interpretação das cláusulas exorbitantes visando atender ao interesse da coletividade, por meio de uma análise interdisciplinar, empírica e pragmática.

Inicialmente é importante salientar que o interesse público não é imutável, ele deve ser analisado no momento da decisão, nas circunstâncias em que se dará o ato, e de acordo com os seus resultados, haja vista que determinado interesse coletivo poderá ser modificado até mesmo para atender o interesse do particular, pois no caso concreto, como já vimos, atender o interesse privado pode ser tão relevante quanto atender o interesse público.

O novo paradigma foi proposto e abordado, de forma acertada e contemporânea, pelo publicista Mendonça (2014a, 179), ao indicá-lo como parâmetro de aplicação no Direito Administrativo:

O ensaio defende que a verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo não ocorreu com a ascensão, teórica e prática, de ideias como a relativização da noção de supremacia do interesse público, mas com uma mudança na abordagem metodológica e conceitual da disciplina. O novo estilo de direito administrativo é pragmatista, empiricista, assistematizador e assistemático, e cético em relação à centralidade do discurso jurídico.

Mendonça (2014b, p. 306), continua corroborando com a aplicação desse novo método quando leciona sobre poder de polícia:

O exercício do poder de polícia não pode implicar a prática de atos administrativos que tratem o homem como meio para um fim; que lhe imprimam insuportável sofrimento físico e/ou mental. É claro que o critério vai se prestar a alguma utilização retórica, tanto que na maioria dos casos, impor restrições a direitos não é circunstância que o particular aceite com sorrisos. Mas a violação à dignidade humana, no ato de polícia, é muito mais do que o desconforto com a atuação da Administração Ordenadora. (...)

Nosso trabalho foi apenas de adequá-lo, de forma específica, as cláusulas exorbitantes contidas na relação contratual entre a Administração e o particular, no qual o intérprete deverá observar se o exercício da cláusula de privilégio atenderá, de forma ampla, a finalidade pública, se preservará a livre iniciativa privada e se garantirão direitos fundamentais.

Destarte, não há margem para decisões tradicionais eivadas de interpretações autoritárias de supremacia de uma parte sobre a outra ou incansáveis ponderações de valores. Atualmente, numa relação contratual administrativa impõe-se observar aspectos empíricos, interdisciplinares³⁴ e pragmáticos.

O método se baseia na conjugação de teorias jurídicas, filosóficas, sociológicas e econômicas, levando em consideração o advento do período denominado pós-positivismo, no qual as normas deixam de ser o centro das atenções e os princípios passam a integrar as relações, sobretudo, na relação entre o Estado e o indivíduo.

Neste contexto, entendemos que não há margem, nos dias de hoje, de aplicação de um sistema jurídico que seja operativamente fechado.³⁵ Porém, é irrefutável que não se deve tratar tais diferenças sob o manto isolado da normatividade, sem observar os aspectos políticos e econômicos, como instrui Pogrebinski (2008, p. 187):

Tem-se aqui a afirmação do contextualismo pragmatista. As decisões devem não apenas ser permeáveis à realidade e conceder primazia aos fatos. Elas devem também considerar estes fatos e esta realidade dentro do contexto que lhes é específico. Assim como as normas devem ser determinadas pelos fatos, as decisões devem ser adaptadas aos contextos em que são tomadas. Deste modo, como sustenta o pragmatismo, as decisões podem adequar-se permanentemente à realidade, além de revisar as normas à luz dos fatos.

³⁴ Diante disso, o que seria o novo estilo do direito administrativo? A essa altura do artigo, é possível afirmá-lo: é uma abordagem interdisciplinar que busca em *dados tirados da experiência* uma hipótese que sirva a reconstruir uma prática ou uma norma jurídica numa *ambiência de inovação substantiva*. (MENDONÇA, 2014, p. 196)

³⁵ No direito as diferenças entre fatos e normas se resolvem sob o comando da normatividade, de acordo com o entendimento de Niklas Luhmann. (CAMPILONGO, 2005, p. 44).

Por esse motivo que o método proposto, induz o agente público ou magistrado afugentar-se da ideologia e busca resolver seus conflitos por intermédio da realidade empírica, da relação harmônica dos sistemas e sob uma visão pragmática do resultado, com o fim de assegurar segurança à posterioridade.

Pelo exposto, uma decisão não deve apenas se basear na norma que estabelece a supremacia do interesse público sobre o privado, o chamado dever-ser, em verdade, no momento de decidir sobre aplicação das cláusulas exorbitantes a Administração deve ater-se ao resultado que aquela ação provocará, observando os efeitos que causará no âmbito econômico, político e social.

Adiante, apresentamos dois exemplos: o primeiro, uma decisão que não observou os aspectos interdisciplinares e não foi pragmática e o segundo uma decisão que, embora seja eivada de supremacia do interesse público sobre o privado, seu resultado foi pragmático.

4. Aspectos interdisciplinares: o caso da tarifa zero do município de Maricá

Exemplo de decisão dissociada da relação interdisciplinar se verifica no recente julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro³⁶ em que foi autorizado o Município de Maricá exercer as atividades de transporte rodoviário de passageiros com tarifa zero. Não obstante a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência da competição desleal e cláusula de exclusividade de exploração da atividade.

Alguns pontos da decisão merecem destaque: (i) em sede de cognição sumária não houve como comprovar a “superposição de linhas”³⁷, (ii) a supressão da linha gratuita afetaria apenas os munícipes, (iii) a manutenção da má prestação de serviços do contratado; (iv) eventual, prejuízo financeiro do particular poderá ser aferido ao final da demanda judicial.

³⁶ Agravo de Instrumento nº **0036830-38.2015.8.19.0000** - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL - Relator: DES. MARILIA DE CASTRO NEVES VIEIRA.

³⁷ Os trajetos dos ônibus da empresa municipal não coincidiam com os trajetos realizados pela empresa privada, por essa razão formou-se o entendimento de não haver concorrência na atividade de transporte de passageiros, não obstante, o transporte municipal ser gratuito.

Não consideramos as questões processuais que nortearam a decisão prolatada, aqui nos coube observar que a autarquia municipal transporta aproximadamente 3.000 (três mil) passageiros por mês, logo, levando-se em conta a tarifa modal de R\$ 3,15 (tres reais e quinze centavos), o custo anual para transporte dos munícipes giraria em torno de R\$ 3.402.000,00 (tres milhões, quatrocentos e dois mil reais). Surpreendentemente, o orçamento estimado para o exercício de 2016 foi fixado em R\$ 21.000.000,00³⁸ (vinte e um milhões reais).

Dessa forma, indaga-se, o que deve prevalecer o atendimento do interesse público primário de transporte de passageiros ou resguardar o erário, mediante o enorme déficit apresentado?

A decisão ora trazida ao debate, apenas observou a necessidade de atender o interesse público primário, sem considerar aspectos interdisciplinares e pragmáticos, pois são estarrecedores os prejuízos econômicos e o descumprimento as normas do Direito Financeiro.

Outro ponto dissociado da relação interdisciplinar, é o fato que eventual prejuízo financeiro do particular poderá ser aferido ao final da demanda judicial, tal comando judicial traz prejuízo imediato a livre iniciativa privada e a segurança jurídica, visto que o particular terá que arcar com prejuízos financeiros por um período inestimável.

Por fim, a Administração passou a desenvolver as atividades que outrora fora delegada, ao invés de fiscalizar a execução dos serviços. Isto é um retrocesso! O Estado deixa de ser um mediador e intervém de forma direta no domínio econômico, ao passo de exterminar a concorrência³⁹ dos serviços

³⁸ Entre as principais despesas previstas para o próximo ano, os maiores volumes ficam com as secretarias adjuntas de Obras (R\$ 286.847.275,88), Educação (R\$ 143.608.914,95) e Saúde (R\$ 122.734.246,90), **enquanto a Empresa Pública de Transportes (EPT) terá R\$ 21 milhões para seus investimentos.** Os gastos com folha de pagamento e encargos sociais serão de R\$ 268.457.818,15 (já incluído o impacto do novo plano de cargos e salários dos servidores), o que representa 31,71% do orçamento. O número está bem abaixo do limite determinado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, que é de 54%. Disponível em < <http://www.marica.rj.gov.br/?s=noticia&n=5822>>. 16/05/2016. (grifos nossos)

³⁹ Nestes exemplos, atividades consideradas serviços públicos, são prestadas por competidores sujeitos em níveis de regulação distintos. Trata-se de um novo traço da regulação dos serviços públicos cuja idéia nuclear é a de incentivar a concorrência nestas atividades, já que são, ainda hoje, muito concentradas. A idéia é oferecer ao operador entrante um regime de prestação mais brando que aquele dispensado ao prestador dominante, com vistas a acirrar a disputa pelo mercado, o que, é certo, traz inúmeras consequências benéficas ao usuários de tais serviços. Sobre esta questão, são valiosos os ensinamentos de Santiago Mufioz Machado: *"Otra manifestación distinta de las analizadas hasta ahora de las reglas que la Comisión está imponiendo para conseguir la formación de mercados libres en los sectores recientemente desmonopolizados y privatizados, son las medidas conducentes a procurar*

públicos. Ora, concorrência traduz a evolução da eficiência na prestação de serviços públicos à sociedade.

Portanto, o intérprete ao decidir de forma isolada, sem levar em consideração as relações interdisciplinares, sobretudo, os aspectos econômicos, políticos e sociais, sempre correrá o risco de não alcançar o bem comum.

A decisão, que serve como exemplo, como vimos não avaliou os critérios interdisciplinares, e pior, ao decidir o magistrado, ao que parece, não exerceu qualquer introspecção dos conhecimentos dos fatos externos.

5. O pragmatismo como instrumento de argumentação na aplicação das cláusulas exorbitantes

De forma distinta ao exemplo anterior, o mesmo Tribunal de Justiça decidiu no sentido de privilegiar o interesse público sobre o privado, entretanto, aplicando a a teoria do pragmatismo, mesmo que de forma intrínseca, ao detectar consequências certas e imediatas que causariam prejuízos ao interesse público, no caso, ao erário⁴⁰. A lide se estabelece em razão da Administração Municipal rescindir, de forma unilateral, contrato administrativo que continha o objeto de incrementar a recuperação de ativos do Município, com atendimento ao contribuinte, disponibilização de estrutura física, *software* de gestão, *call-center* e *ações de marketing*. A motivação da ruptura contratual foi que a contratação “revelou-se onerosa demais, acabando por gerar prejuízo aos cofres públicos municipais, revertendo a expectativa de aumento da arrecadação que pudesse superar os custos de cobrança dos débitos, de sorte que, diante do desequilíbrio financeiro surgido, optou a Administração pela rescisão unilateral do contrato, com base na Lei nº8.666/93”.

Vejamos que neste caso, o desequilíbrio econômico ocorreu de forma reversa, pois foi a Administração que identificou onerosidade excessiva na prestação dos serviços. É evidente que prevaleceu a supremacia do interesse público sobre o privado, na medida que as consequências advindas da relação

que los nuevos operadores actúen en condiciones de la máxima igualdad posible con las antiguas empresas monopolistas". (MARQUES NETO, 2002, p.23)

⁴⁰ Decisão monocrática. Mandado de Segurança nº **0048608-39.2014.8.19.0000** - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - Relator: DES. LUCIANO RINALDI

contratual afetariam o interesse da coletividade. Eis uma decisão pragmática⁴¹ que observou a normatividade, as consequências imediatas e futuras e as relações interdisciplinares.

Cabe ressaltar, que a decisão interrompeu, imediatamente, o prejuízo ao erário e ainda assim protegeu os direitos do contratado ao garantir o pedido de indenização por eventuais e danos e custos de desmobilização.

O novo paradigma propõe que as decisões que envolvam a execução de contratos administrativos, sejam consubstanciadas na compreensão que nenhum conceito é imutável ou absoluto, por essa razão se indica a aplicação da teoria do pragmatismo como instrumento de flexibilização da realidade, ao levar em conta o momento e as circunstâncias que levam a Administração exercer os privilégios que lhe são conferidos.

É evidente que não defendemos uma doutrina que não considera as normas contidas no sistema jurídico, baseando-se apenas na prática, na consequência e no utilitarismo. Não é isso!

Apenas, se pretende indicar a utilização de um método prático, abandonando as teorias dogmáticas e absolutistas e priorizar a análise das consequências da decisão ou do ato. Enfim, podemos dizer que a inserção da teoria do pragmatismo possui a utilidade de incentivar que o exercício dos privilégios da Administração na contratação governamental não seja amparado pelo discurso que “apenas apliquei a lei aos fatos” (MENDONÇA, 2014, p. 47).

Segundo a teoria de Richard Posner, o pragmatismo jurídico⁴², consiste na renúncia de valores imateriais, primando pela consequência e pela razoabilidade sem se afastar da expectativa dos resultados almejados pelo Direito legislado.

⁴¹ Em dois momentos o julgador deixou evidente a aplicação da teoria do pragmatismo, quais sejam: “É que há o risco de que se torne prejudicado o interesse público imediato, caso os prejuízos apontados continuassem a existir com a manutenção prolongada do contrato.”; e, “o prolongamento do processo administrativo para que se permitisse a produção de defesa só iria causar mais prejuízos ao erário. E não teria qualquer utilidade prática para a contratada, pois esta não poderia alterar o desiderato administrativo, fundado em razões subjetivas de conveniência e oportunidade”.

⁴² Segundo Mendonça (2014, p. 50) “o pragmatismo filosófico não é inútil ao debate acerca do pragmatismo jurídico. É perfeitamente possível aplicar a matriz pragmatista – consequencialismo, antifundacionalismo, contextualismo – para examinar institutos jurídicos e decisões judiciais, e aproximá-los ou afastá-los dos resultados da incidência de uma teoria do pragmatismo jurídico”.

Seguindo a metodologia de Medonça (2014b, p. 110) ao tratar da incidência do pragmatismo jurídico no Direito Constitucional Econômico, demonstramos, de forma semelhante, como aplicar esse princípio nos atos ou decisões que tratam sobre as cláusulas de privilégio conferidas à Administração nas contratações governamentais:

(i) Incidir como instrumento argumentativo finalístico na aplicação das normas de prevalência da Administração Pública sobre o contratado. Até porque na maioria das vezes quando o interprete aplica a lei, a consequência será a obtenção da expectativa do legislador, nessa hipótese a decisão não deixou de ser pragmática.

Dessa forma, inquestionável que o Administrador, de forma prioritária, fundamentará sua decisão com enfoque na norma vigente, utilizando o pragmatismo jurídico como apoio de obtenção de harmonização na relação entre o interesse público e privado, com a finalidade de alcançar o bem comum.

(ii) Os resultados, de forma imperiosa, *visam a finalidade primordial do Estado*, em estrita observância as normas constitucionais⁴³. Esse campo de incidência é relevante ao priorizar a garantia dos objetivos constitucionais, dando azo a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo, não permitir violação à livre iniciativa e a concorrência.

(iii) A tomada de decisão no exercício dos privilégios da Administração importa em observar as *consequências certas e prováveis* que deverão resultar no atendimento ao interesse geral. Portanto, o estudo de probabilidade do resultado da decisão não pode deixar de ser feito. No exemplo aqui exposto, fica límpido que o julgador fundamentou a decisão numa cláusula exorbitante prevista na legislação, contudo, por último analisou as consequências imediatas que acarretariam a perpetuação de prejuízos ao interesse público secundário, noutros termos, a demora na rescisão do contrato resultaria prejuízo contínuo ao erário municipal.

Observe-se, que os dois exemplos são antagônicos, na medida que na decisão judicial favorável ao Município de Maricá as consequências prováveis ao erário serão desastrosas, enquanto que no último exemplo a decisão que

⁴³ Nesse ponto, seguindo os ensinamentos de Mendonça (2014, p. 117), entendemos ser incompatível a teoria de Richard Posner, posto que nosso ordenamento jurídico não admite argumentos opostos à Lei.

deferiu a rescisão unilateral, com o uso da supremacia do interesse público sobre o privado, impediu, de forma imediata, os prejuízos ao erário municipal. Portanto, por tais razões que sugerimos que o intérprete ao aplicar a teoria do pragmatismo deverá analisar as consequências certas e prováveis, independente de beneficiar um ou outro da relação contratual, o fim almejado sempre deve ser o bem comum.

Assim sendo, para minimizar erros, cabe ressaltar a distinção entre certeza e plausibilidade, como ensina Mendonça (2014, p. 118):

O juízo de *certeza* é o mais simples. Entre *plausibilidade* e *probabilidade* há diferença de grau. A consequência plausível é, tão somente, uma conjectura razoável; a consequência provável é aquela para a qual concorrem os dados estatísticos, as regras da experiência etc.

Enfim, ao pretender impor o exercício das cláusulas exorbitantes nas contratações governamentais, a Administração deverá considerar as consequências da sua decisão, afastando-se das manifestas vontades de ações de governo.

(iv) Impõe-se, além das consequências, *observar o núcleo comum entre os pragmatistas originais*, que consideram o antifundacionalismo e o contextualismo aspectos relevantes para aplicação da teoria do pragmatismo. Sendo necessário desconsiderar aspectos fundacionais, pois cabe ao interprete não se basear em crenças, dogmas e preceitos pretéritos. Do mesmo modo, deve priorizar que as consequências se relacionem ao contexto do caso concreto, para que seus resultados não afetem outras disciplinas ou sistemas.

Portanto, o pragmatismo, seja filosófico ou jurídico, traz à colação três pontos que foram refletidos: i) quando leva em consideração as circunstâncias e o momento em que uma concepção ou decisão foi elaborada; ii) quando adota a mutação e a flexibilidade na interpretação das normas e; iii) quando busca o melhor resultado futuro, sem proporcionar instabilidade nas relações jurídicas ou não jurídicas.

Logo, o pragmatismo não vem proporcionar instabilidade ou insegurança, haja vista, não propor a eliminação das normas e conceitos, apenas transformando-os de acordo com a prática e a experiência adquirida, aperfeiçoando-as com vistas nas consequências da decisão que é proferida.

Por derradeiro, deverá a decisão pragmática ser carreada da análise finalística das consequências prováveis e futuras, com o fim de alcançar o interesse geral, não importando se haverá ou não preponderância do interesse público sobre o privado.

Considerações finais

O presente trabalho apresentou adequação de um novo paradigma do Direito Administrativo na hipótese de conflito de interesses na aplicação das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos propriamente ditos. O novo método sugere a observação dos aspectos interdisciplinares, empíricos e pragmáticos.

Evidenciou-se que a abordagem da aplicação se dá pela compreensão de um Estado que, de forma excepcional, | intervém na economia para garantir acesso a direitos sociais e por intermédio das teorias do pragmatismo filosófico e jurídico, com o desiderato de alcançar o interesse geral, não importando se houve ou não a prevalência de uma parte sobre a outra.

O novo paradigma importa em acrescentar uma nova perspectiva de interpretação no exercício das cláusulas exorbitantes, não impondo, de forma absoluta, a supremacia defendida pela doutrina tradicional, bem como, não defende a desconstrução do princípio do interesse público sobre o privado, em verdade, se mantem as convergentes ideologias de proteção ao bem comum e proteção aos direitos dos particulares, seja no sentido de reequilibrar a relação contratual ou até mesmo indenizá-los por possíveis perdas e danos.

A interpretação consubstanciada na teoria do pragmatismo, vai além de julgar o caso concreto sob o prisma isolado dos direitos das partes, acrescentam-se novos elementos para assegurar a harmonização das relações interdisciplinares e estudam as consequências prováveis e futuras da tomada de decisão.

Os dois exemplos de julgamentos demonstram que é possível assegurar melhor resultado da decisão na aplicação no novo paradigma. No primeiro caso, não há dúvida que o resultado seria mais satisfatório se o julgador tivesse se atentado para as relações interdisciplinares e para as consequências certas e

imediatas, na medida que mesmo atendendo um interesse público primário, o secundário será gravemente afetado, além de gerar insegurança jurídica nas relações contratuais com a Administração, como também, a violação à livre iniciativa e a concorrência. Enquanto no segundo exemplo, fica límpido, que mesmo nos casos que se aplica a supremacia do interesse público sobre o privado é possível obter uma decisão pragmática que resulta em assegurar o bem comum.

Afirmamos, portanto, que as concepções pragmáticas buscam resultados que não venham gerar consequências prejudiciais para a grupo social. Para isso, é importante se afastar de dogmas ou preceitos pretéritos, logo as modificações das concepções possuem o desiderato de aperfeiçoá-las, visto que o resultado obtido pelo pragmatismo é temporal, pois em momento posterior essa decisão pragmática poderá não ser salutar. Daí a característica temporal da teoria pragmática.

Não há dúvidas que no sistema jurídico brasileiro a aplicação da teoria do pragmatismo é moderada, embora muitas das vezes essa análise seja realizada de forma implícita, todavia, a proposta não se pretende abandonar a normatividade.

Encerrando, o novo paradigma é o instrumento capaz de minimizar as consequências negativas advindas de decisões que não observam os outros sistemas que se relacionam com o Direito, como por exemplo a economia, a política, a sociologia e a filosofia etc. Não obstante a decisão ser proporcional e atender a supremacia da coletividade sobre o privado, impõe verificar se as consequências prováveis e futuras atenderão o interesse geral da coletividade.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, 3ª ed. São Paulo: Forense, 2013.

AVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular**, 11ª ed. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação (Versão provisória para debate público)**. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>

BORGES, Alice Gonzales. **SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: DESCONSTRUÇÃO OU RECONSTRUÇÃO?**. Bahia: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. nº 26. p. 2-26, mai-jul, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Serviço Público e Regulação Sistêmica**. In: Heleno Taveira Tôrres. (Org.). **Serviços Públicos e Direito Tributário**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CRETELLA JUNIOR, José. **As cláusulas "de privilégio" nos contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo. nº 161. p. 7-28, jul./set., 1985.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARCIA, Flavio Amaral. **Licitações & Contratos Administrativos (casos e polêmicas)**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARÇAL, Justen Filho. **Comentários às Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **A nova regulação dos serviços públicos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-29, Abr./Jun. 2002.

MARSHALL, Tomaz Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1967.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014.

_____. **Direito Constitucional Econômico: A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo.** Rio de Janeiro: Forum. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

_____. **A Normatividade dos Fatos, as Consequências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA).** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, 2008.

ROBERTO GRAU, Eros. **Parecer sobre CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - BENS PÚBLICOS - DIREITO DE USO.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 218, p. 343-356, 1999.

SARMENTO, Daniel – **“Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”, in “Interesses Públicos versus Interesses Privados: - Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público”-** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GRATIFICAÇÃO POR PRODUTIVIDADE JUDICIÁRIA: FATOR MOTIVACIONAL PARA CUMPRIMENTO DAS METAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO PELA SEGUNDA VARA DA COMARCA DE PRESIDENTE DUTRA/MA

**BONUS FOR JUDICIAL PRODUCTIVITY: MOTIVATIONAL
FACTOR FOR FULFILLMENT OF GOALS MARANHÃO COURT FOR THE
SECOND CIRCUIT COURT OF PRESIDENTE DUTRA / MA**

Dárrya Ckessya de Queiroz Lima

RESUMO: Estudo de caso da unidade judicial da Segunda Vara da Comarca de Presidente Dutra/MA sobre a motivação dos servidores para atingir as metas da Gratificação por Produtividade Judiciária. Discute-se o conceito de gestão pública, motivação e remuneração por competências. Compreende-se a influência do programa de remuneração dos servidores no cumprimento de metas. Apresentam-se os resultados da pesquisa de campo sobre as razões da motivação dos servidores para atuação coletiva em prol da concretização das metas da Gratificação por Produtividade Judiciária. Aplicou-se como metodologia a utilização de questionário na Segunda Vara da Comarca de Presidente Dutra/MA. Destaca-se a relevância da melhoria da prestação jurisdicional a partir de uma continuidade de um trabalho de cumprimento de metas. Conclui-se que a Gratificação por Produtividade Judiciária por meio de um programa de remuneração é o principal fator motivacional para cumprimento de metas fixadas pelo Tribunal de Justiça do Maranhão na unidade judicial da Segunda Vara da Comarca de Presidente Dutra/MA.

Palavras-chave: Gestão Pública. Motivação. Gratificação por Produtividade Judiciária.

ABSTRACT: Case study of the legal unit of the Second Court of the District of Presidente Dutra/MA on the motivation of servers to achieve the goals of Gratuity for Judicial Productivity. It discusses the concept of public management, motivation and remuneration for skills. It is understood the influence of the compensation program of servers to meet goals. Presents the field of search results on the reasons for the motivation of servers for collective action towards the achievement of the bonus targets for Judicial Productivity. Applied as a methodology using questionnaire in the Second Court of the Presidente Dutra/MA. It highlights the importance of improving judicial assistance from a continuation of a working meeting targets. We conclude that the bonus for Judicial Productivity through a compensation program is the main motivational factor for achievement of goals established by the Court of Justice Maranhão in the judicial unit of the Second Court of the District of Presidente Dutra/MA.

Keywords: Goals. Motivation. Gratuity for judicial productivity.

Introdução

A gestão pública é um dos ramos do conhecimento que estuda novas práticas na administração pública, sendo que o Estado Brasileiro tem percorrido um longo caminho de mudanças para aperfeiçoar e profissionalizar esse trabalho no país. Dentre as áreas de atuação na gestão pública destacam-se abordagens sobre o comportamento organizacional relacionada às noções de cargo, de carreira, da motivação, das relações institucionais entre indivíduo e a organização e programas de remuneração dos servidores.

A motivação é parte do contexto do comportamento humano nas organizações, portanto é de extrema importância à construção de atividades ou programas para os servidores, seja por razões de necessidades pessoais ou estado de satisfação. No âmbito do Judiciário existe um elevado número de demandas processuais, razão pela qual os servidores encontram-se constantemente atarefados e são cobrados por resultados, pois esse serviço público afeta a vida da população na busca de seus direitos.

Um programa de remuneração já criado como a Gratificação por Produtividade Judiciária no Tribunal de Justiça do Maranhão auxilia no impulso a motivação do servidor para desempenhar a função com o objetivo de alcançar metas positivas para premiação dos serviços, elevação das estatísticas do Judiciário e maior satisfação dos usuários da prestação jurisdicional.

A celeridade processual e a qualidade na prestação do serviço jurisdicional constituem desafios para gestão pública desse poder, por isso, tem-se criado inúmeras iniciativas como premiações por boas práticas, programas de remuneração por produtividade e desempenho, além da criação de missão, visão e valores para o trabalho institucional no intuito de melhorar o rumo do Judiciário.

A partir dos estudos sobre motivação humana e dos fatores relacionados com a influência exercida nos fatores de gratificação e produtividade do servidor, este trabalho tem como questão central: qual a importância do sistema de Gratificação por Produtividade Judiciária no Poder Judiciário do Maranhão na

satisfação junto aos servidores da Segunda Vara da Comarca de Presidente Dutra?

O objetivo geral deste projeto de pesquisa é avaliar as influências dos sistemas de recompensas sobre a motivação dos funcionários para cumprimento de metas definidas anualmente, especialmente com estudo de caso da Gratificação por Produtividade Judiciária como um fator motivacional para cumprimento das metas do Tribunal de Justiça do Maranhão pela Segunda Vara da Comarca de Presidente Dutra.

Dentre os objetivos específicos elencou-se identificar se as atividades realizadas pelos servidores são compatíveis (na visão dos servidores) com as recompensas (econômicas, psicológicas e sociais) recebidas, bem como identificar os motivos e qual tipo de incentivo os funcionários têm para cumprimento das metas da Gratificação por Produtividade Judiciária, além de compreender os mecanismos motivacionais que influenciam no comportamento dos indivíduos no ambiente organizacional, e relacionar as expectativas profissionais e as necessidades pessoais para convergência de interesses dos objetivos institucionais e individuais.

A justificativa para escolha desta temática formou-se a partir dos conteúdos das disciplinas Cultura e Mudança Organizacional e Comportamento Organizacional, que despertou interesse em aprofundar os estudos sobre a gestão pública e a motivação nas organizações públicas. Outra razão para o enfoque desse trabalho revela-se na investigação de um programa de remuneração voltado para os servidores do Judiciário maranhense, que visa direcionar a força de trabalho para cumprimento de metas em prol da melhoria da prestação dos serviços da Justiça.

Esta pesquisa possui seis capítulos. No primeiro foi feita uma apresentação geral do tema, explana-se acerca das motivações para realização do estudo, esclarecimento dos objetivos e problema de pesquisa. No segundo discutem-se os conceitos chaves do trabalho sobre a gestão pública, motivação e remuneração por competências, e sistemas de remuneração e gratificação no Judiciário maranhense. No terceiro descreveu-se o ambiente da Segunda Vara da Comarca de Presidente Dutra. No quarto indica-se a metodologia utilizada na elaboração do presente artigo. No quinto apresenta-se o resultado da pesquisa

aplicada para compreender e explicar o problema pesquisado. Por fim, no último capítulo elencam-se as conclusões obtidas com a realização do artigo.

1. Referencial teórico

1.1. Gestão Pública

A gestão pública tem como um dos objetivos a qualificação do quadro funcional para atuar na administração pública, de modo a incorporar uma nova postura dos seus membros na prestação do serviço público com qualidade, eficiência, ética e responsabilidade. Nos últimos anos tem se evoluído bastante em termo de práticas de gestão inovadoras no serviço público, de modo a melhorar a prestação desses serviços à sociedade.

Os princípios que regem a Administração Pública no Estado Brasileiro estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aplicável a: “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, [...]” (BRASIL, 1988).

Tais princípios fundamentam as bases para gestão pública atuar, de modo que seus gestores e atos estejam revertidos desses princípios. O princípio da eficiência vem reforçar a necessidade de melhoria da gestão pública no tocante a prestação dos serviços públicos, pois uma má gestão pode ocasionar lentidão e prejuízos aos usuários. Da mesma forma que uma gestão eficiente é motivo de satisfação dos usuários para com o serviço público prestado.

Portanto, “Não é possível imaginar que a Administração Pública seja eficiente se também não forem eficientes os processos por ela utilizados e os agentes que a compõem” (COELHO, 2009, p. 60). Desse modo, identifica-se a importância do servidor na gestão pública e sua qualificação para atuar de modo eficiente na promoção do serviço público. “Por isso, a eficiência da Administração é, fundamentalmente, fator da eficiência dos seus gestores e servidores” (COELHO, 2009, p. 60).

Faz-se necessário que os servidores públicos tenham uma conduta adequada ao interesse público, ocasionando a execução das políticas públicas

propostas pela gestão pública de forma eficiente, pois se trata de uma obrigação e responsabilidades decorrentes do ingresso no serviço público e do dever de prestar contas de seus atos para com a sociedade.

De acordo com Leite Júnior (2009) a história da gestão pública está enraizada desde o período da República Velha, no qual perdurava o modelo liberal-oligárquico, com organização em nível regional e fragilidade de um governo central, contudo a partir de 1930 instauraram-se inovações na gestão pública com implantação do sistema burocrático da administração direta e modernização do Estado Brasileiro.

Em seguida a partir de 1955, com o Presidente Juscelino Kubitschek foi iniciado um modelo desenvolvimentista, no qual as práticas de gestão pública foram aperfeiçoadas para essa nova fase de crescimento e avanço no país. No período militar foi promovida no Brasil uma reestruturação no sistema financeiro e ajuste macroeconômico, que proporcionou o Milagre Econômico (LEITE JÚNIOR, 2009).

Por fim, ainda de acordo com Leite Júnior (2009, p. 51) o Estado Brasileiro passou por um “[...] legado de ineficiência da administração burocrática, desequilíbrio das contas públicas, alta concentração de renda e debilidade das instituições democráticas [...]”, mas que nas últimas décadas reergueu-se para aperfeiçoar a gestão pública e tem se esforçado para que a cada governo com seus gestores melhore a eficiência da administração pública.

As organizações públicas para funcionarem precisam de pessoas, pois são essas que constituem as organizações e põem em prática seu funcionamento. E qual a importância do gestor na construção de novas e boas práticas na gestão pública? É “[...] uma pessoa detentora de determinada parcela de poder e de conhecimento, destes advindo de um correspondente grau de autoridade que garante a sustentação de determinado nível de sua legitimação perante o grupo subordinado” (BERGUE, 2010a, p. 95).

O gestor é responsável por despertar em sua equipe a vontade de transformar as dificuldades em desafios a serem superados, de modo a construir novos modelos de atuação na gestão pública e prestar um serviço relevante à sociedade. Dentre as formas do gestor estimular sua equipe para alcançar esses objetivos encontra-se a motivação empregada nessa tarefa, a liderança, os

meios de reconhecer as competências e procurar remunerar os servidores visando à valorização desses trabalhadores que atuam na gestão pública.

Sobre o papel da liderança na Administração Pública:

A liderança vem assumindo um papel central na Administração. Segundo a visão contemporânea, todo líder deve ser um servidor para seus funcionários, deve possuir amor por seus comandados. Este amor não é apoiado em sentimento e sim em comportamentos, como cuidar, ajudar, elogiar, entre outros. (DAGNINO, 2009, p. 54)

Saber liderar as equipes de trabalho na gestão pública é essencial, pois um líder tem o papel de construir um ambiente motivacional para que os servidores possam desenvolver suas atividades com eficiência, seja espelho para a conduta dos demais servidores, empenhem-se no cumprimento das tarefas e metas e zele por um ambiente de trabalho saudável, cooperativo e servil para a população.

Assim, Bergue (2010b) destaca que a concretização de um modelo gerencial com diferentes práticas perpassa por novos valores da nova administração pública, tecnologias gerenciais e correspondentes práticas de gestão. O autor (2010b) cita que os novos valores são: confiança limitada, controle por resultados e administração voltada para o cidadão, baseados nas seguintes tecnologias gerenciais: descentralização, delegação de autoridade, controle social, gestão por processos, eficácia gerencial, avaliação de desempenho, *accountability*, transparência, foco no cliente, qualidade, planejamento.

Por fim, Bergue (2010b) elenca as práticas adotadas na administração pública: gestão por programas, avaliação de desempenho permanente de servidores, gestão pela qualidade, delegação de bens e serviços públicos, contratos de gestão, planejamento estratégico, ouvidorias, prestação de contas e audiências públicas.

A referência de Bergue (2010b) aos novos valores da administração, tecnologias e práticas na administração pública demonstra que uma nova perspectiva em relação à prestação do serviço público está vigente nas teorias, nos gestores e nos governos sobre a necessidade de se adotar uma postura diferente no atendimento voltado para o cidadão. Os canais de participação da população são muito importantes para o planejamento, pois por meio de

ouvidoria, audiências públicas e prestação de contas o cidadão pode reclamar, reivindicar, elogiar, sugerir para melhorar o serviço público.

Destaca-se também como relevante na melhoria da prestação do serviço público a avaliação permanente dos servidores, pois estes têm por obrigação oferecer um bom atendimento na prestação do serviço público. Bergue (2010b) informa que a efetiva implementação de um sistema de avaliação de desempenho depende menos do aperfeiçoamento do instrumento, por isso, a importância de mudanças na gestão pública advindas de uma nova postura mental associada ao sistema de avaliação de desempenho.

Por vezes o serviço tem falhas ou precariedades, mas cabe ao servidor tentar minimizar com um atendimento digno a população, por mais que seu empenho não seja capaz de solucionar o problema, mas pelo menos poder orientar e proporcionar um atendimento com presteza e urbanidade. Pode-se exemplificar que programas de remuneração estão atrelados a avaliação de desempenho, devido à condição de remunerar o servidor que cumpre com seu dever funcional e possui registros de bom desempenho na carreira funcional.

A seguir faz-se uma relação entre motivação e remuneração por competências.

1.2. Motivação e remuneração por competências

Os agentes públicos no contexto das organizações públicas compõem os recursos humanos e prestam serviços ao Estado, sejam eles agentes políticos, servidores públicos ou particulares em colaboração com o Poder Público. Destaca-se que os servidores desenvolvem um trabalho contínuo na Administração Pública e representam um grande quantitativo dessa parcela de recursos humanos.

Por isso, a relevância da motivação humana no ambiente de trabalho, pois “A motivação é um impulso constante e de intensidade variável orientado para o alcance de um objetivo, seja este decorrente de uma necessidade ou de um estado de satisfação” (BERGUE, 2010a, p. 21). É responsabilidade do gestor público compreender o conceito de motivação e fazer com que os servidores públicos possam atuar de modo a convergir os interesses pessoais com os objetivos institucionais.

A motivação é um tema a ser estudado no âmbito do comportamento organizacional, que pode ser compreendido como “[...] um campo de estudo que objetiva prever, explicar e compreender o comportamento humano nas organizações” (BERGUE, 2010a, p. 13). O que se entende por motivação? Quais conceitos podem ser destacados sobre esse assunto?

Sobre a origem da palavra motivação Maximiano (2000 apud MIRANDA, 2009, p. 11) informa que o vocábulo motivação é uma derivação do termo latino *motivus*, *movere*, e tem como significado o verbo mover, no qual “[...] indica o processo pelo qual um conjunto de razões ou motivos explica, induz, incentiva, estimula ou provoca algum tipo de ação ou comportamento humano”.

Segundo Robbins (2005 apud BERGUE, 2010a, p. 21) sobre a motivação: “[...] está associada a um processo responsável pela intensidade, pela direção e pela persistência dos esforços de uma pessoa orientados para o alcance de determinado propósito”. Neste conceito motivação relaciona-se ao aspecto individual de força de vontade partindo da pessoa para alcançar determinado propósito.

A seguir alguns conceitos de motivação extraídos do artigo de Fraga (2006, p. 3):

- a) “[...] acredita que a motivação tem relação com processos que determinam que as pessoas se comportem da forma como se comportam” (SOLOMON, 2002 apud FRAGA, 2006, p. 3);
- b) “a motivação é vista como uma força propulsora, cujas origens se encontram na maior parte do tempo escondidas no interior do indivíduo” (REIS NETO; MARQUES, 2004 apud FRAGA, 2006, p. 3);
- c) “[...] a motivação seria a disposição de fazer alguma coisa, quando essa coisa é condicionada por sua capacidade de satisfazer alguma necessidade para o indivíduo” (DECENZO; ROBBINS, 2001 apud FRAGA, 2006, p. 3).

Em síntese esses conceitos trazem a noção que motivação é uma forma de força que o indivíduo pode canalizar para suprir uma necessidade ou para obtenção de um resultado. Em relação ao conceito de motivação citamos Dubrin e Bergamini (2008 apud MIRANDA, 2009, p. 12): “[...] é uma das mais poderosas forças, na medida em que as pessoas se esforçam para atingir uma meta que trará satisfação de suas necessidades. Para ele o auto-interesse representa uma força motriz”.

A motivação tem o poder de transformar uma necessidade em força motor para alcance de objetivos. Mas a motivação ocorre de igual maneira no âmbito das organizações públicas e privadas? A motivação no serviço público apresenta peculiaridades e destaca-se que:

A motivação das pessoas no ambiente do serviço público, a exemplo de outros fenômenos neste mesmo contexto, tomado em contraste com organismos da esfera privada, é revestida de especial complexidade decorrente de um número substancial de características de natureza cultural, política, econômica e legal que particularizam esse setor. (BERGUE, 2010a, p. 20)

O serviço público, especialmente o Judiciário, por conta da morosidade possui um efeito negativo sobre a percepção da qualidade, por conta da lentidão processual e congestionamento das unidades judiciais. Outras advertências sobre particularidades da motivação no âmbito do serviço público estão apontadas abaixo, pois existe uma visão negativa dos servidores públicos na prestação dos serviços:

Aos administradores públicos, cabe a capacidade de compreensão dos mecanismos motivacionais e de comportamento dos indivíduos no ambiente organizacional e das influências das relações e necessidades pessoais na dinâmica de trabalho considerando as estruturas funcionais com fortes traços burocráticos e patrimonialistas da Administração Pública. (BERGUE, 2010a, p. 23)

Infelizmente em virtude de modelos gerenciais adotados em momentos passados da história da Administração Pública, tem-se carregado uma herança distorcida que os servidores são desmotivados, acomodados, atrasam as solicitações da população com burocracia desnecessária e conduzem a coisa pública por meio de apadrinhamentos sem compromisso com a prestação eficiente do serviço público. A estabilidade funcional também colaborou para essa má impressão de alguns servidores públicos, que após conquistar a estabilidade não empreendem maiores esforços na prestação do serviço público.

Por isso, ao tentar compreender a motivação no serviço público, associa-se o fator motivacional ao estudo da Teoria da Expectativa ou Teoria da Expectância. Dentre as teorias de abordagem comportamental identifica-se a Teoria da Expectativa criada por Victor Vroom como aquela mais próxima da realidade desta pesquisa, no qual sobre a teoria infere Bergue (2010a, p. 33)

que: “[...] a intensidade do esforço para a ação de uma pessoa está diretamente relacionada à sua expectativa em relação ao resultado decorrente dessa ação e da atratividade desse resultado por ela percebida”.

Sobre a Teoria da Expectativa e a motivação:

Desta forma, de acordo com Vroom o processo da motivação se dá em função dos objetivos, das escolhas e das expectativas individuais na consecução dos objetivos a que se propõe. Nesse contexto verifica-se que só existe empenho se há a possibilidade de atender às suas expectativas individuais; só há esforço se existe a expectativa de atingir o resultado. (Miranda, 2009, p. 27)

De acordo com a Teoria da Expectativa o empenho do servidor é proporcional às expectativas individuais, por isso o processo de motivação ocorre baseada nos objetivos propostos e escolhas. Ainda sobre a Teoria da Expectativa destaca-se o posicionamento sobre o modelo proposto por Victor H. Vroom:

[...] o nível de produtividade depende de três forças, que são: 1) Expectativas que são os objetivos individuais de cada pessoa; 2) Recompensas que é a relação verificada entre a produtividade e os objetivos alcançados, 3) Relações entre expectativas e recompensas. Esses três fatores determinam a motivação do indivíduo para produzir em quaisquer circunstâncias em que se encontre. (CHIAVENATO, 2003, p. 537 apud MIRANDA, 2009, p. 27)

A remuneração por competência está associada a uma ideia maior de gestão por competência, inclusive foi criado o Decreto nº 5.707 de 23 de fevereiro de 2006 que “Institui a política e as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e regulamenta dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990” (BRASIL, 2006).

Nesse decreto federal define-se o conceito de gestão por competência: “ [...] gestão da capacitação orientada para o desenvolvimento do conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias ao desempenho das funções dos servidores, visando ao alcance dos objetivos da instituição” (BRASIL, 2006). Na gestão por competência pode-se adotar programas de remuneração por competências com reconhecimento e premiação pelo bom desempenho no cumprimento das necessidades da instituição.

Fraga (2006, p. 3) infere que: “Quanto à maneira pela a qual a motivação se processa no indivíduo, a maior parte dos autores concorda que é por meio de um processo interno, mas que pode sofrer influência de fatores externos”. A gestão por competência visa dotar as organizações de um modelo de gestão, no qual existe um gerenciamento e orientação de quais comportamentos são esperados e as motivações aplicadas para conclusão do trabalho de forma satisfativa para instituição e para os servidores públicos. Embora a motivação inicie-se como um processo interno e individual, os gestores públicos devem desenvolver atividades para mobilizar suas equipes em prol dos objetivos da organização com sistemas de remuneração, tal como a Gratificação por Produtividade Judiciária do Maranhão apresentada a seguir.

1.3. Sistemas de remuneração e gratificação no Judiciário (MA)

Os servidores públicos durante a atuação profissional desempenham relevante serviço à sociedade, pois são responsáveis de auxiliar a gestão pública na concretização de sua finalidade em prol do bem da coletividade. Ocorre que por essa atuação, os servidores são remunerados com pagamento de salários. Assim:

Os “servidores públicos” são pessoas prestadoras de serviços ao ente estatal, com quem mantêm um vínculo laboral a partir do qual decorre a correspondente remuneração paga pelos cofres públicos, podendo ser “servidores estatutários”, “empregados públicos” ou “servidores temporários”. (BERGUE, 2010a, p. 16)

Bergue (2010a) também contextualiza que um dos maiores motivos para ingresso no serviço público ou mesmo permanência durante anos está no sistema de remuneração proporcionado ao servidor no decorrer da carreira ou extra, oriunda de outros programas de remuneração.

Apesar disso, é provável que os servidores, ao serem questionados em relação aos motivos pelos quais se sentiram estimulados a ingressar no serviço público ou ocupar um cargo público, respondam com mais ênfase sobre fatores como: a “remuneração” (seja pelo valor, seja pela maior garantia de sua constância), a “estabilidade” e o “status” (do cargo ou do serviço público). Quando essas mesmas pessoas são questionadas em relação ao que possa

levar um agente público a produzir mais, as respostas tendem a se concentrar em torno da “remuneração”.

Tendo em vista que dos fatores motivacionais para ingresso no serviço público destacam-se a remuneração e a estabilidade, como despertar no servidor que já adquiriu estabilidade interesse em produzir mais sendo que a remuneração permanecerá a mesma? Por essa razão, as organizações públicas têm criado sistemas de remuneração com base na elevação do desempenho de seus subordinados, tal como ocorre na iniciativa privada.

Fayol (1981 apud BERGUE, 2010a) elencou os 14 princípios básicos de gestão, dentre esses se encontra a remuneração. Portanto, remuneração é justa aos servidores públicos, consiste em um dos fatores motivacionais para desempenho das atividades, além de ser suficiente para compensar sua atuação na prestação do serviço público.

Na Teoria da Expectativa destacam-se as relações (Bergue, 2010a) entre o esforço e o desempenho individual, entre o desempenho e a recompensa e entre a recompensa e os objetivos pessoais. Em seguida o autor adverte os gestores públicos para essa realidade, no qual:

Essas relações são, portanto, aspectos para os quais nós, gestores públicos, precisamos atentar, não somente para a compreensão dos fenômenos comportamentais na organização, mas para a formulação de políticas integradas de gestão de pessoas que relacionem especialmente carreira (crescimento e valorização pessoal e profissional), remuneração e ambiente organizacional. (BERGUE, 2010a, p. 34)

Na Teoria da Expectativa os gestores públicos devem compreender sobre comportamento organizacional, no intuito de contribuir para aprimoramento no desenvolvimento da carreira, remuneração e ambiente organizacional para os servidores. Portanto, é lançado um novo desafio à Administração Pública, qual seja:

[...] a elaboração e a implementação de políticas de carreira e remuneração que sejam sensíveis às singularidades de desempenho como decorrência das competências diferenciadas e capazes de capturá-las e convertê-las em compensação para os indivíduos. O desafio subsequente é o de tornar esse mecanismo reconhecido e aceito pelo grupo, ou seja, legitimá-lo. (BERGUE, 2010a, p. 36-37)

Para isso é importante, conhecer sobre cultura organizacional, como aquele grupo se identifica, suas crenças, seus valores e resultados obtidos como coletivo. A seguir descreve-se como cultura organizacional como:

um conjunto de crenças, valores, ideologias, “leis”, políticas e diretrizes, normas e procedimentos, oriundas da cúpula e repassadas aos demais níveis hierárquicos para a sua internalização social, que de forma direta ou indireta afetam o comportamento das pessoas na organização. (POLARY, 2015, p. 5)

Citado o conceito de cultura organizacional é possível estabelecer características que definem tipos marcantes de grupos no ambiente organizacional. Ainda sobre cultura organizacional destacam-se dois tipos de cultura organizacional baseadas em características do Tipo I e Tipo II. A seguir relacionam-se essas aos seus respectivos tipos:

Tipo I – [...] administração centralizado; Estrutura de poder organizacional [...]; Estilo gerencial autocrático [...]; Comunicação formal, escrita; Política de Gestão com Pessoas fechada, inflexível, voltada para controle e manipulação das pessoas; Tomada de decisão de cima para baixo; Relacionamento interpessoal tenso, tóxico, negativo; Produtividade baixa [...] ou alta com pouca eficiência; Qualidade de vida ruim; e Clima organizacional negativo.

Tipo II - Sistema de administração descentralizado; Estrutura de poder pessoal [...]; Estilo gerencial democrático [...]; Comunicação verbal direta ou equilíbrio com a comunicação formal, profissional; Política de Gestão com Pessoas (RH) [...]; Tomada de decisão participativa, comportamental; Relacionamento interpessoal saudável, positivo; Produtividade alta [...] e com eficiência; Qualidade de vida boa; e Clima organizacional saudável. (POLARY, 2015, p. 6-7)

Assim, o Tribunal de Justiça do Maranhão encarou esses desafios da gestão pública em criar por meio de um sistema de remuneração variável, razão para motivar seus servidores a cumprir metas do Judiciário maranhense e nacional e desse modo ocasionar tanto satisfação ao servidor público como a melhoria da prestação jurisdicional. Assim, um programa de remuneração variável deve envolver: “aspectos que devem ser incorporados à política de remuneração de pessoal da Administração Pública, a saber: a incorporação de parcela variável à cesta de remuneração; e o rodízio de gratificação” (BERGUE, 2010a, p. 38-39).

De acordo com o Plano de Gestão da Corregedoria Geral da Justiça do Maranhão 2016-2017 uma das ações específicas desse plano consiste em

incentivar e premiar as ações de boas práticas desenvolvidas por magistrados e servidores.

A ideia primordial é promover as orientações necessárias, informar a sociedade acerca dos serviços correicionais e adotar as soluções conjuntas a eventuais problemas identificados. O Juiz da atualidade deve se preocupar também com a gestão da sua unidade judiciária, objetivando o aprimoramento dos serviços para imprimir maior celeridade da atividade-fim, jurisdicional, de forma eficaz e com qualidade. (MARANHÃO, 2016a, p. 5)

A Resolução nº 219 de 26/04/2016 do Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre a distribuição de servidores, de cargos em confiança e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus e dá outras providências (BRASIL, 2016). Na Resolução nº 219/2016 encontra-se prevista a Seção VII - Da Premiação por Desempenho, no qual se relacionam as formas de incentivo e premiação aos servidores pela produtividade ou cumprimento de metas.

No âmbito da Justiça Estadual do Maranhão já existe uma iniciativa chamada Gratificação por Produtividade Judiciária (GPJ). Esta foi criada por meio da Lei Estadual nº 9.326, de 30 de dezembro de 2010, que acrescentou a Lei Estadual nº Lei nº 8.715, de 19 de novembro de 2007, o artigo 7º-D:

O Poder Judiciário disporá, por resolução do Tribunal de Justiça, sobre a concessão mensal da Gratificação de Atividade Judiciária - GAJ e anual da Gratificação por Produtividade Judiciária - GPJ, que terão a seguinte composição: [...]
II - até o limite de 100% (cem por cento) do vencimento base do cargo efetivo, a título de Gratificação de Produtividade Judiciária - GPJ, pelo alcance de metas de produtividade fixadas pelo Tribunal de Justiça. (MARANHÃO, 2010)

A Gratificação por Produtividade Judiciária foi regulamentada por meio da Resolução nº 05/2011, que definiu as normas gerais para participação, apuração dos resultados, recursos e pagamento da gratificação. Outras resoluções foram publicadas com alterações a primeira resolução da GPJ (MARANHÃO, 2011a). A cada ano são publicadas portarias com a fixação das metas para aquele período de competição das unidades judiciais.

É importante destacar com relação ao servidor, que para receber a Gratificação por Produtividade Judiciária dois requisitos obrigatórios devem ser preenchidos: a) A unidade judicial cumprir o quantitativo das metas e percentuais

definidos para aquela unidade; 2. Conforme Resolução-GP nº 61/2011, no artigo 12, § 2º: “Individualmente, só fará jus o servidor que apresentar, na última avaliação de desempenho, conceito BOM ou EXCELENTE, mesmo que a sua equipe tenha sido considerada a de melhor desempenho” (MARANHÃO, 2011c).

Desse modo, independente do ganho coletivo da unidade judicial, de nada adiantará esse esforço se no decorrer de sua jornada profissional o servidor não atuar de forma produtiva, responsável, pontual nas suas atividades individuais. Para ganhar a GPJ é necessária primeiramente uma motivação individual do servidor para atingir conceitos satisfatórios para recebimento da gratificação.

A Resolução-GP nº 40/2011 trouxe alterações nos artigos 6º e 7º da Resolução n.º 05/2011, de 17 de fevereiro de 2011, no tocante a acréscimos, mudanças na redação de artigos e outras formas de contagem das metas (MARANHÃO, 2011b). Conhecer cada resolução que regulamenta a GPJ é aprofundar seus conhecimentos sobre as regras do programa de remuneração, estruturado na forma de competição no cumprimento das metas.

A Gratificação por Produtividade Judiciária pode ser classificada segundo Bergue (2010a) como um Programa de Remuneração Variável dentre um programas para melhorar a motivação dos servidores. A GPJ é comumente chamada pelos servidores como 14º salário, sendo percebido como uma remuneração e uma motivação para empenho durante um ano inteiro de trabalho voltado para o cumprimento de metas do Tribunal de Justiça do Maranhão. A GPJ é um fator externo, que pode interferir na motivação individual dos servidores.

A Gratificação por Produtividade Judiciária constitui um dos fatores motivacionais para os servidores trabalharem no cumprimento das metas do Tribunal de Justiça do Maranhão, que são alinhadas com as metas nacionais do Conselho Nacional de Justiça. Deste modo, acredita-se que a GPJ constitui o resultado do esforço individual e coletivo dos servidores para cumprimento dos objetivos determinados nas metas do Tribunal de Justiça do Maranhão.

2. Metodologia da pesquisa

Esta pesquisa caracteriza-se como descritiva do tipo pesquisa de campo com abordagens qualitativa e quantitativa. Segundo Barros (2007, p. 84) a

pesquisa descritiva visa “descobrir a frequência com que um fenômeno ocorre, sua natureza, características, causas, relações e conexões com outros fenômenos”. A pesquisa de campo diz respeito ao fato do pesquisador recolher as informações diretamente no local onde o fenômeno ocorre, por meio de observações, entrevistas, questionários, coleta de depoimentos, dentre outros (BARROS, 2007).

Quanto ao emprego da abordagem qualitativa e quantitativa é devido aos benefícios em relação ao aprofundamento no estudo do objeto desta pesquisa, conforme destaca-se, a saber:

Possibilidade de congregar controle dos vieses (pelos métodos quantitativos) com compreensão da perspectiva dos agentes envolvidos no fenômeno (pelos métodos qualitativos);
Possibilidade de congregar identificação de variáveis específicas (pelos métodos quantitativos) com uma visão global do fenômeno (pelos métodos qualitativos);
Possibilidade de completar um conjunto de fatos e causas associados ao emprego de metodologia quantitativa com uma visão da natureza dinâmica da realidade. (DUFFY, 1987, p. 131 apud NEVES, 1996, p. 2)

Como parte do procedimento metodológico aplicou-se um questionário, elaborado pela pesquisadora, com os servidores públicos da Segunda Vara da Comarca de Presidente Dutra, sendo a amostra composta por oito servidores do total de onze servidores, distribuídos nos turnos matutino e vespertino, e entre os cargos de auxiliares, técnicos judiciários e oficiais de justiça. Dos três servidores não participantes, atualmente uma servidora encontra-se de licença, um servidor não participou e outro cargo não está desocupado por servidor por conta de exoneração.

Na amostra dos servidores têm-se quatro homens e quatro mulheres. Em relação ao ingresso desses trabalhadores são oriundos dos Concursos Públicos de 2000, 2004, 2009 e 2011, sendo um com nomeação no ano de 2000, três em 2006, dois em 2011 e dois em 2013.

O questionário escolhido e aplicado nesta pesquisa foi do tipo misto e estruturado com sete perguntas com questões do tipo aberta e fechada. As questões se basearam nas seguintes proposições: a) Escala de prioridade dos fatores motivacionais para cumprimento da GPJ; b) Tipo de motivação para cumprimento das metas; c) Desempenho afetado pela exigência do cumprimento

da GPJ; d) Predomínio do tipo de cultura organizacional; e) Conhecimento dos documentos que fundamentam a GPJ; f) Empenho diante da ausência da GPJ; g) Fontes de motivação para atividades e desempenho.

Na semana de 28 de março a 01 de abril de 2016 foram distribuídos os questionários aos servidores para realização da pesquisa de campo. Na semana de 04 a 08 de abril de 2016 foram recolhidos os questionários, de modo a proceder a análise e tabulação dos resultados buscados com a aplicação dos questionários. Na semana de 11 a 15 de abril de 2016 foram tabulados os resultados.

Os questionários foram entregues individualmente e o servidor ficou livre para, a qualquer momento, recusar-se a responder às perguntas, por razões pessoais ou que lhe ocasionem constrangimento de qualquer natureza. O servidor não foi obrigado a participar e pode deixar de participar da pesquisa, para isso não precisou apresentar justificativas ou razões sobre a não participação.

A identidade do servidor foi preservada e mantida em sigilo e os resultados tabulados na forma geral, sem mencionar nomes. No final o servidor será informado de todos os resultados obtidos com a pesquisa, independentemente do fato de mudar seu consentimento em participar da pesquisa, caso tenha interesse em conhecer os resultados finais do trabalho e da pesquisa da qual participou.

Após aplicação, as respostas foram tabuladas para verificação do resultado esperado e obtido para conclusão dos objetivos propostos, que serão apresentados em seguida.

4 Análise dos resultados

Os resultados da pesquisa foram obtidos a partir da aplicação do questionário com os servidores, no intuito de analisar a importância da Gratificação por Produtividade Judiciária como um fator motivacional para cumprimento das metas do Tribunal de Justiça do Maranhão pela Segunda Vara da Comarca de Presidente Dutra, além de verificar a satisfação dos servidores com a existência desse programa de remuneração que traz uma gratificação com a elevação da produtividade da unidade judicial.

Com relação aos resultados do questionário aplicado na primeira questão foi solicitado para o servidor relacionar em ordem de prioridade as principais motivações que conduzem o trabalho do servidor para o cumprimento das metas da Gratificação por Produtividade Judiciária (GPJ).

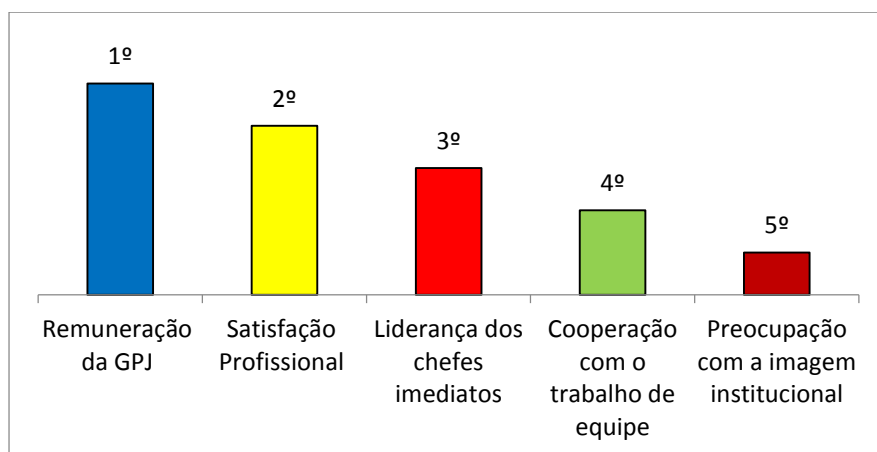


GRÁFICO 1 – Escala de prioridade dos fatores motivacionais para cumprimento da GPJ

Fonte: Dados da pesquisa/2016

Na escala de prioridades destacou-se em primeiro lugar a remuneração da Gratificação por Produtividade Judiciária. Ocorre que a obtenção de uma vantagem remuneratória torna-se um fator motivacional para o servidor empreender novos esforços, além daqueles do dia a dia da rotina de trabalho. Cumprir metas sabendo que tem a possibilidade de um ganho extra no orçamento estimula o servidor a manter ou elevar sua produção de modo satisfatório e a alcançar as metas definidas para obtenção da premiação.

Em segundo lugar nessa escala de prioridades ficou a satisfação profissional, resultado que para o servidor além de obter uma vantagem econômica fica a sensação de satisfação no ambiente de trabalho e perante os usuários do serviço público, pois significa que aquela unidade judicial tem um diferencial na prestação de serviços públicos. Até mesmo porque nem todas as unidades judiciais no Estado do Maranhão conseguem atingir as metas da GPJ, razão pela qual traz uma satisfação em poder demonstrar que seu esforço conduziu a um resultado positivo para o local de trabalho, a comunidade e a Justiça.

Em terceiro lugar de prioridades destacou-se a liderança dos chefes imediatos como um dos motivos que conduzem ao alcance de metas. Liderar uma equipe é uma função administrativa presente também no âmbito da gestão pública. Por isso, o reconhecimento que os líderes estão empenhados no cumprimento de metas reflete uma sintonia de toda equipe de trabalho, que motiva desde os cargos de maior hierarquia aos demais membros da unidade judicial.

No quarto lugar destacou-se a cooperação com o trabalho de equipe, pois individualmente é recebida a remuneração, contudo somente com um trabalho coletivo e esforço de todos é possível alcançar as metas no final. O trabalho na unidade judicial é subdividido, sendo cada servidor responsável por algumas etapas para finalização de um processo. O servidor sozinho não consegue finalizar um processo, pois depende de outros servidores na conclusão de outras atividades no decorrer do processo.

Com quinto lugar ficou a preocupação com a imagem institucional, na qual ocorre a projeção do trabalho daquela equipe perante os usuários do serviço público, pois se a unidade é premiada por cumprir as metas definidas para melhorar a prestação do serviço jurisdicional, significa que um serviço público de qualidade também está sendo ofertado para a população. Metas como julgar mais processos do que aqueles distribuídos no ano tem um impacto muito positivo para Justiça e sociedade, pois demonstra que a Justiça tem sido mais célere na solução dos problemas dos jurisdicionados e ocasionado uma resposta ao conflito levado ao Poder Judiciário.

Na segunda pergunta indagou-se sobre a motivação para o cumprimento das metas como mecanismo de necessidade pessoal ou satisfação profissional.

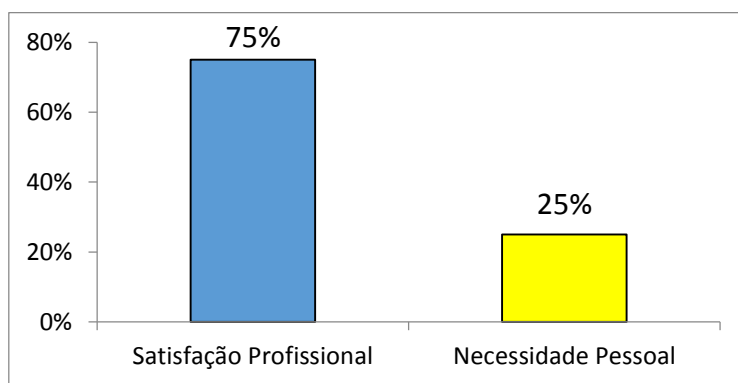


Gráfico 2 – Tipo de motivação para cumprimento das metas

Fonte: Dados da pesquisa/2016

Segundo as respostas apontadas a satisfação profissional atingiu o patamar de 75% de predominância sobre os 25% referente à necessidade pessoal. A satisfação profissional é resultado da valorização do trabalho do servidor, que se empenhou no decorrer de um ano para atingir as metas propostas naquele desafio. Isso demonstra que um resultado positivo que por consequência melhora o desempenho e produtividade do servidor. Ao final do trabalho o servidor visualiza o propósito do seu trabalho, pelo qual percorreu um ano de desafios em atingir metas, resultando em satisfação profissional.

No terceiro questionamento buscou-se verificar se a exigência no cumprimento das metas da GPJ afeta o desempenho em outras atividades desenvolvidas no ambiente de trabalho, seja positivamente ou negativamente.

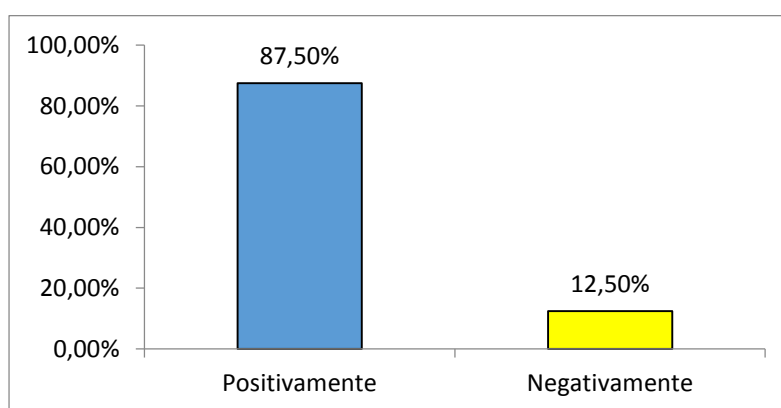


Gráfico 3 – Desempenho afetado pela exigência do cumprimento da GPJ

Fonte: Dados da pesquisa/2016

A maioria dos servidores no percentual de 87,50% respondeu que o cumprimento de metas afeta positivamente seu desempenho, enquanto 12,50% informaram que afeta negativamente no seu desempenho. Indagados de que modo a exigência do cumprimento de metas afeta o desempenho responderam que: “melhor entrosamento da equipe, direcionamento no cumprimento das atividades” (E2); “integração da equipe, organização do trabalho” (E3); “maior celeridade na prestação dos serviços à comunidade” (E4); “não acúmulo de determinados tipos de ações” (E5); “proporcionar o trabalho de equipe” (E6); “aprimoramento do trabalho coletivo objetivando o desenvolvimento como um todo” (E7); “definição de prioridades no trabalho, foco nas metas do Judiciário”

(E8). Em relação ao percentual que responderam afetar negativamente no desempenho justificou-se assim: “quando vai chegando o fim do prazo para atingir as metas deixamos de lado o que não é da meta” (E1).

Quanto aos aspectos positivos destacados pelos servidores observou-se que o cumprimento das metas exige um trabalho coletivo, que é percebível pelos servidores da necessidade de uma atuação em conjunto, de cooperação com o trabalho individual e coletivo, além disso, outros benefícios gerados são a celeridade processual, organização do trabalho, direcionamento e foco em prioridades. No entanto, o ponto negativo vem justamente mostrar que alguns processos podem ser deixados de lado, por não representar uma prioridade de trabalho, mas que também merece atenção no decorrer do trabalho.

Na quarta pergunta verificou-se a percepção dos servidores sobre o tipo de gestão predominante no ambiente de trabalho. Tendo em vista que para o cumprimento das metas é necessário um trabalho coletivo da unidade judicial, que inclusive foi destacado em questionamentos anteriores, nesta quarta pergunta buscou-se investigar qual tipo de cultura organizacional predominante que prevaleceu 100% o tipo de gestão tipo II baseada na descentralização de atividades, emprego de comunicação verbal, estilo democrático das lideranças e gestão participativa. Existe atualmente uma grande preocupação dos gestores com o ambiente dos servidores, pois um ambiente favorável à participação, à formação, à valorização e à integração dos servidores conduz a uma maior satisfação profissional, consequentemente provocando reflexos no trabalho e serviços ofertados a comunidade.

Com o quinto questionamento pretendeu-se verificar o envolvimento dos servidores com o cumprimento a partir do conhecimento dos documentos regentes da gratificação.

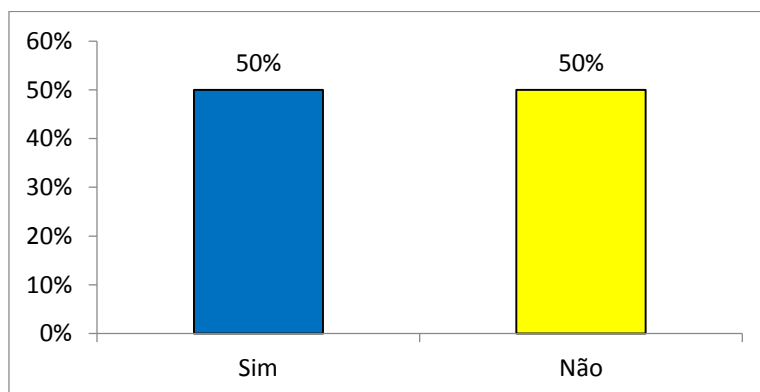


Gráfico 4 - Conhecimento dos documentos que fundamentam a GPJ
Fonte: Dados da pesquisa/2016

No quinto questionamento metade dos servidores (50%) informaram conhecer os documentos que regem as regras da GPJ, enquanto a outra metade (50%) informou desconhecer os documentos. Tendo em vista que no quesito anterior uma das características do tipo de cultura organizacional que predomina é a comunicação verbal, talvez por esse motivo os servidores não sentem necessidade de aprofundar o conhecimento dos documentos, contudo é preferível que nesse contexto os servidores tenham maior conhecimento sobre as regras para evitar problemas futuros e até mesmo alinhar o conhecimento das metas com todos os servidores, de modo a permitir intervenções e sugestões de todos no alcance das metas.

Na sexta pergunta perguntou buscou-se investigar se o empenho seria equivalente ao resultado atual, se não houvesse Gratificação por Produtividade Judiciária.

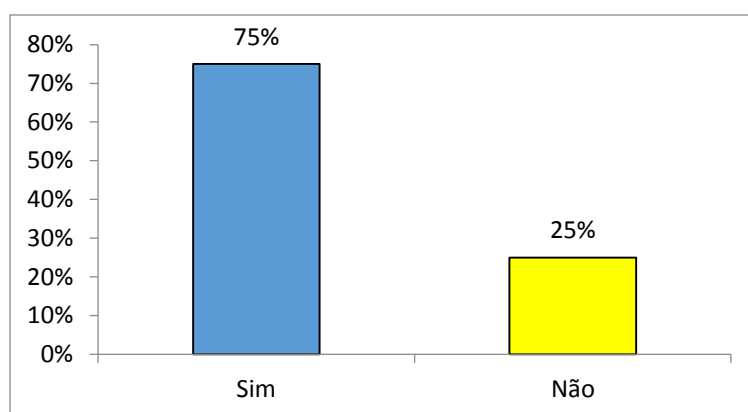


Gráfico 5 – Empenho diante da ausência da GPJ
Fonte: Dados da pesquisa/2016

No sexto quesito os servidores foram indagados se a ausência da GPJ interveria na motivação e empenho do servidor, sendo o trabalho equivalente ao resultado atual e a maioria no percentual de 75% respondeu que sim, independente da gratificação o empenho seria equivalente ao atual. Esse resultado é uma demonstração de um compromisso maior com a prestação jurisdicional, até porque a Gratificação por Produtividade Judiciária foi iniciada em 2011 e pode ser retirada a qualquer gestão da presidência do Tribunal de

Justiça do Maranhão, enquanto o trabalho da equipe permanecerá refletindo na comunidade de Presidente Dutra-MA.

A minoria de 25% que respondeu que a retirada da GPJ reflete no seu empenho está relacionada ao *plus* a mais que o servidor oferece nesse ambiente de competição para cumprimento das metas, sem uma remuneração a mais não tem porque em certos momentos doar esforços maiores que os despendidos no dia a dia da jornada de trabalho. Para esse grupo de servidores a retirada da Gratificação por Produtividade Judiciária refletirá negativamente em seu trabalho.

No sétimo quesito do questionário pretendeu-se descobrir outras fontes de motivação para melhorar as atividades e desempenho do servidor. Um questionamento aberto para os servidores expressarem outras fontes de motivação para melhorar o desempenho, foram citados: “sempre bom receber elogios, ver que fizemos um bom trabalho” (E1); “reconhecimento profissional, cumprimento do acordo da GPJ, pagamento das perdas inflacionárias anualmente” (E2); “reconhecimento profissional, espírito de coletividade” (E3); “valorização do servidor pelo órgão ao qual é subordinado, melhores condições de trabalho” (E4); “reconhecimento” (E5); “reconhecimento profissional” (E6); “realizar um trabalho em prol da sociedade, pois somos capazes de contribuir para que a população busque na Justiça a concretização dos seus direitos” (E7), “cursos de aperfeiçoamento, compensação com folgas, premiações extras, possibilidade de desempenhar atividades em casa” (E8).

Observa-se que o reconhecimento profissional foi bastante citado e constitui uma das formas mais básicas de motivar os servidores, no qual o gestor reconhece a relevância, a contribuição do servidor para atingir os objetivos da organização. Desse modo, finaliza-se a análise da pesquisa de campo de aplicada na Segunda Vara da Comarca de Presidente Dutra, como forma de identificar a importância do sistema de Gratificação por Produtividade Judiciária no Poder Judiciário do Maranhão na satisfação junto aos servidores daquela unidade judicial.

5 Conclusão

A partir da elaboração deste artigo de conclusão de curso com relação ao estudo da Gratificação por Produtividade Judiciária como um fator motivacional para cumprimento das metas do Tribunal de Justiça do Maranhão pela Segunda Vara da Comarca de Presidente Dutra, elencaram-se as algumas conclusões, tais como: a gestão pública tem inúmeros desafios, dentre esses o de descobrir novas ferramentas que possam instigar os servidores a atuarem cada vez melhor na prestação do serviço público, com oferta de um trabalho de qualidade, célere e bom atendimento aos usuários do serviço público.

A motivação dos servidores públicos deve ser estimulada, de modo a provocar nesses servidores um compromisso maior com a prestação do serviço público, tendo em vista que ao se comentar em servidores públicos tem se uma ideia popularizada de desinteresse ou descompromisso em melhorar a prestação do serviço público.

Uma das formas de motivar os servidores públicos foi a aplicação de sistemas de remuneração, por meio do cumprimento de metas, tal como existe atualmente no Poder Judiciário maranhense, com a criação da Gratificação por Produtividade Judiciária, cujas metas são definidas em alinhamento com as metas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para melhorar a prestação jurisdicional.

A Gratificação por Produtividade Judiciária como um sistema de remuneração pode ser incluído como um fator motivacional para incentivar os servidores a ampliar sua atuação no trabalho e melhorar o desempenho para cumprir as metas prioritárias de cada ano no Judiciário maranhense.

A bibliografia e os questionários permitiram traçar a análise esperada sobre a motivação dos servidores da Segunda Vara da comarca de Presidente Dutra no cumprimento das metas da Gratificação por Produtividade Judiciária. Após as análises e revisões realizadas por meio da orientação virtual, foi consolidada a versão final, resultado da dedicação e orientação empregadas na elaboração do trabalho de conclusão de curso.

Assim, a partir da metodologia determinada verificou-se a motivação dos servidores da Segunda Vara da Comarca de Presidente Dutra no cumprimento das metas da Gratificação por Produtividade Judiciária. A Segunda Vara da Comarca de Presidente Dutra por meio da pesquisa de campo confirmou que a

remuneração é o principal motivo para estímulo ao cumprimento das metas estabelecidas pela Gratificação por Produtividade Judiciária.

A maioria dos servidores acredita que o sistema de remuneração como fator motivacional tem impacto positivo no desempenho, proporciona à integração da equipe, maior celeridade na prestação dos serviços à comunidade, organização do trabalho e aprimoramento do trabalho coletivo, direcionamento no cumprimento de atividades, definição de prioridades no trabalho e foco nas metas do Judiciário.

Portanto, a importância do sistema de Gratificação por Produtividade Judiciária no Poder Judiciário do Maranhão consiste na satisfação profissional dos servidores da Segunda Vara da Comarca de Presidente Dutra, cujo cumprimento das metas propostas é resultado da valorização do trabalho do servidor por meio de remuneração ofertada pelo empenho no decorrer de um ano para atingir as metas propostas naquele desafio.

A Gratificação por Produtividade Judiciária proporciona a elevação de resultados positivos para os números da unidade judicial, que por consequência provoca um compromisso com desempenho e produtividade do servidor para ao final do trabalho o servidor visualizar o propósito do seu trabalho, pelo qual percorreu um ano de desafios em atingir metas, resultando em satisfação profissional.

Esta pesquisa constituiu em uma contribuição nos estudos sobre a motivação na gestão pública, com enfoque para análise de um sistema de remuneração voltado para estimular o servidor a cumprir metas pré-estabelecidas e por consequência melhorar a atuação, o desempenho, trazer estímulo motivacional e melhorar a prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BARROS, Aidil Jesus da Silveira. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Portal da Legislação**, Brasília, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 fev. 2016.

_____. Decreto nº 5.707, de 23 de fevereiro de 2006. Institui a Política e as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e regulamenta dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Portal da Legislação**, Brasília, fev. 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5707.htm>. Acesso em: 18 fev. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 219 de 26 de abril de 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3110>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

BERGUE, Sandro Trescastro. **Comportamento organizacional**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; Brasília: CAPES: UAB, 2010a.

BERGUE, Sandro Trescastro. **Cultura e mudança organizacional**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; Brasília: CAPES: UAB, 2010b.

COELHO, Ricardo Corrêa. **O público e o privado na gestão pública**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; Brasília: CAPES: UAB, 2009.

DAGNINO, Renato Peixoto. **Planejamento estratégico governamental**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; Brasília: CAPES: UAB, 2009.

FRAGA, Leandro Duarte. **Motivação nas organizações**. 2006. Disponível em: <<http://catolicaonline.com.br/revistadacatolica2/artigosv3n5/artigo05.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

LEITE JÚNIOR, Alcides Domingues. **Desenvolvimento e mudanças no estado brasileiro**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; Brasília: CAPES: UAB, 2009.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Lei Estadual nº. 2542 de 1964**. 2012. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/cgj/unidade/sessao/26/publicacao/14627>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Lei Estadual nº 9.326, de 30 de dezembro de 2010**. 2010. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/401015/11012013_1351_1.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Plano de Gestão da Corregedoria Geral da Justiça do Maranhão 2016-2017**. 2016a. Disponível em: < <http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/609/publicacao/151244>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Resolução nº 05/2011, de 17 de fevereiro de 2011**. 2011a. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/400547/06112012_1522.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Resolução nº 40/2011, de 14 de setembro de 2011**. 2011b. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/400547/06112012_1522_1.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Resolução nº 61/2011, de 14 de dezembro de 2011**. 2011c. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/400547/06112012_1522_2.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2016.

MIRANDA, Cely. **O desafio em manter funcionários motivados: os fatores motivacionais para o trabalho**. 2009. Disponível em: <<http://www.esab.edu.br/wpcontent/uploads/monografias/cely-miranda.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

NEVES, José Luís. **Pesquisa qualitativa – características, usos e possibilidades**. Caderno de Pesquisas em Administração. São Paulo, v. 1, número 3, 2º semestre, 1996.

POLARY, Ilmar. **Cultura e mudança organizacional**. São Luís: 2015. Disponível em: <http://ava2.uemanet.uema.br/pluginfile.php/10685/mod_resource/content/0/Apostila%20%20Cultura%20e%20Mudan%C3%A7a%20Organizacional.pdf>. Acesso em 28 fev. 2016.

CULTURA DOS PRECEDENTES, AGÊNCIAS REGULADORAS E COMPETITIVIDADE: CONSIDERAÇÕES ECONÔMICAS DO MICROSSISTEMA DOS CASOS REPETITIVOS SOBRE A AGÊNCIA REGULADORA DO PETRÓLEO

STARE DECISIS CULTURE, REGULATORY AGENCIES AND COMPETITIVITY: ECONOMIC ANALYSIS ABOUT REPETITIVE DEMANDS OF OIL NATIONAL AGENCY

Ana Luisa Tarter

Alice Dias Navarro

Resumo: O excesso de litigiosidade instaurado perante as Cortes evidencia a existência de uma situação de crise de funcionalidade que vinha afetando, de maneira drástica, a normalidade dos trabalhos desenvolvidos pelos Tribunais, o que resultou no engessamento de sua estrutura e no agravamento da morosidade existente que, ao mesmo tempo, intensificou-se em precariedade sistêmica. A desarmonia entre o sistema de justiça e o extenso rol de direitos e garantias fundamentais apregoados pelo Estado Democrático de Direito compromete seriamente a legitimidade deste Poder. Ao mesmo passo, insurge no ordenamento jurídico brasileiro a busca pelo fortalecimento do Judiciário com a implantação de institutos voltados para prestar uma atividade jurisdicional efetiva e racionalizada voltada a princípios norteadores e efetivadores de direitos e garantias, a saber, o processo coletivo e a tutela dos direitos repetitivos de forma isonômica, a fim de garantir a segurança jurídica. O foco investigado prende-se em demonstrar a relação entre os efeitos vinculantes das decisões em demandas coletivas sob a égide do Novo Código de Processo Civil, as agências reguladoras e o desenvolvimento nacional.

Palavras-chave: Ações coletivas. Microssistema. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Recursos repetitivos. Desenvolvimento nacional.

Abstract: *The excess litigation presented in the courts demonstrates the existence of a functionality crisis, that affected, drastically, the normality of the work done by the Courts which resulted in inflexibility of its structure, the deterioration of the existing delays while which intensified in systemic instability. The legitimacy of the Judicial Power is seriously compromised by the disharmony between the justice system and the extensive list of fundamental rights and guarantees proclaimed by the Law Democratic State. Comes to light in the Brazilian legal system an aiming to search for the Judiciary strengthening with the implementation institutes aimed to provide an effective and streamlined judicial activity focused on guiding principles and actually rights and guarantees: the collective process and the protection of repetitive rights. The present investigation focus is to demonstrate the relationship between the binding effects of decisions in collective demands under the aegis of the new Civil Procedure Code, regulatory agencies and national development.*

Keywords: *Class actions. Micro system. Repetitive demands. National development.*

Introdução

O Brasil experimentou diversas políticas econômicas entre 1945 e 2010, algumas de sucesso, outras com resultados não tão positivos⁴⁴. Atualmente, o país enfrenta um período muito turbulento, caracterizado por uma crise que envolve diversos aspectos econômicos, políticos e sociais. O período tem sido particularmente difícil com as iniciativas de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (P&D&I), já que essas iniciativas são usualmente as mais afetadas por crises conjunturais, e a Petrobras está no epicentro da crise⁴⁵.

A análise de experiências de sucesso como o Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG) e o Plano Real permite identificar similaridades e estratégias quanto aos impactos de longo prazo. As reformas estruturais implementadas pelos dois planos não foram colhidas pelos governos que a empreenderam, mas pelos seus sucessores imediatos. No entanto, os períodos de bonança alteraram-se devido a choques externos: o do petróleo, em 1973, e do *subprime*, em 2008⁴⁶.

A ampla participação do Estado na economia, particularmente nos setores de petróleo e intermediação financeira, estimulou o crescimento de curto prazo, mas levaram à redução e estagnação da eficiência econômica nos anos seguintes⁴⁷.

Frisa-se que o atual processo de crise no setor petrolífero nacional iniciou-se com a quebra da OGX Petróleo e Gás S.A em 2012, que teve como consequência o fechamento do mercado de capitais para as empresas independentes nacionais. O ano de 2013 foi marcado por uma situação de desequilíbrio na estrutura de capital das Companhias, que resultou no pedido de

⁴⁴ CAROSO, Renato Fragelli. *Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira*. Coords. Fernando Veloso *et al.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

⁴⁵ PINTO, José Carlos. *Uma agenda de competitividade*. Disponível em (<http://oglobo.globo.com/opiniao/uma-agenda-de-competitividade-18359089#ixzz4BwR4BSs8>). Acesso em 18 jun. 2016.

⁴⁶ CAROSO, Renato Fragelli. *Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira*. Coords. Fernando Veloso *et al.* Rio de Janeiro: Elsevier. 2013.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 166.

recuperação judicial da OGpar e OGX, em 30 de outubro, como forma de preservação e continuidade dos seus negócios⁴⁸.

Assim, sem acesso a fundos de *private equity*, o jovem segmento de empresas independentes brasileiras perdeu o fôlego para manter o investimento. Após a crise das empresas independentes, foi a vez da Petrobras entrar em crise.

Inicialmente, esta crise manifestou-se em função da sua incapacidade de gerar caixa suficiente para manter o nível de investimentos no patamar de 40 bilhões de dólares. O rápido crescimento do endividamento, seguido dos escândalos de corrupção e da queda dos preços do petróleo no final de 2014 levaram à lona a principal empresa do setor de petróleo nacional⁴⁹.

A crise do setor petrolífero nacional é séria. Entretanto, não se pode negar que o setor tem potencial para uma rápida retomada do crescimento caso os fundamentos econômicos, políticos e estratégicos do setor sejam bem formulados e fiscalizados. Nesse contexto, os fundamentos regulatórios do setor petrolífero ganham destaque para a retomada do crescimento no novo cenário do mercado internacional.

Ao longo dos anos, o Governo utilizou a Petrobras como principal instrumento de política energética e econômica. Diante do novo cenário, o Governo e a Petrobras terão que buscar conjuntamente uma nova visão de futuro levando em conta que a entidade é a companhia petrolífera de capital aberto que detém o maior volume de petróleo descoberto no mundo⁵⁰.

É importante reconhecer que a Petrobras não tem condições de sustentar uma agenda de investimento que abarque todos os segmentos de negócios em que está envolvida atualmente. A retomada do crescimento do setor requer necessariamente a recuperação dos investimentos no setor, mas não

⁴⁸ ALMEIDA, Edimar. *Caminhos para retomada da indústria de petróleo no Brasil*. Publicado em 17/08/2015. Blog Infopetro. Disponível em <https://infopetro.wordpress.com/2015/08/17/caminhos-para-retomada-da-industria-de-petroleo-no-brasil/>). Acesso em 17 jun. 2016.

⁴⁹ ALMEIDA, Edimar. *Caminhos para retomada da indústria de petróleo no Brasil*. Publicado em 17/08/2015. Blog Infopetro. Disponível em <https://infopetro.wordpress.com/2015/08/17/caminhos-para-retomada-da-industria-de-petroleo-no-brasil/>). Acesso em 17 jun. 2016. Op. Cit. Ibidem, acesso em 17 jun. 2016.

⁵⁰ Op. Cit. Ibidem, acesso em 17 jun. 2016.

depende apenas da entidade, mas também das empresas privadas que atuam no âmbito petrolífero nacional ⁵¹.

Nesse ambiente, o Novo Código de Processo Civil - NPCP inaugura uma nova cultura marcada pela valorização dos precedentes. Entre as novidades trazidas pelo NPCP, destaca-se a submissão da Administração Pública à tese resultante de julgamentos de casos repetitivos, com o dever de fiscalizar a efetiva aplicação no campo dos serviços públicos (artigos 985, parágrafo 2º, e 1.040, inciso IV, NPCP). Nesse contexto, as instituições de controle ganham destaque, pois tanto podem contribuir como retardar o crescimento do setor petrolífero⁵².

Destaca-se o relacionamento e o efeito vinculante⁵³ das decisões em incidentes de resolução de demandas repetitivas – IRDR e em Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos sobre as agências reguladoras, em especial, sobre a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível - ANP.

A questão da cultura dos precedentes pode não ser ponto central para a retomada do crescimento do setor petrolífero nacional, mas é determinante para a condução das estratégias e relações entre agências, empresas privadas prestadoras de serviço público e, em destaque, os consumidores. Portanto, o assunto não pode ser excluído nas discussões sobre os desafios regulatórios do setor.

1 – A agência nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis e o desenvolvimento

No papel de agente executor dos objetivos definidos para o setor petrolífero, a ANP atua por intermédio de autorizações, fiscalizações e outros atos necessários para promover o funcionamento do processo competitivo no

⁵¹ Ibidem, acesso em 17 jun. 2016.

⁵² ALMEIDA, Edimar. *Caminhos para retomada da indústria de petróleo no Brasil*. Publicado em 17/08/2015. Blog Infopetro. Disponível em <https://infopetro.wordpress.com/2015/08/17/caminhos-para-retomada-da-industria-de-petroleo-no-brasil/>). Acesso em 17 jun. 2016. Op. Cit. Ibidem, acesso em 17 jun. 2016.

⁵³ NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspdv, 2016.

mercado de combustíveis. A garantia e proteção da concorrência é essencial para o sucesso dos modelos implementados em todos os segmentos das indústrias do petróleo, gás natural e biocombustíveis. A ANP, em especial, tem entre as suas atribuições a proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos⁵⁴.

Com o objetivo de promover o desenvolvimento no setor, o governo federal instituiu em janeiro de 2016, por meio de decreto⁵⁵, o Programa de Estímulo à Competitividade da Cadeia Produtiva, ao Desenvolvimento e ao Aprimoramento de Fornecedores do Setor de Petróleo e Gás Natural – Pedefor que, entre vários objetivos, pretende elevar a competitividade da cadeia produtiva de fornecedores no País, estimular a engenharia nacional e ampliar o nível de conteúdo local dos fornecedores.

O programa visa atender à promoção da livre concorrência, um dos princípios constitucionais da ordem econômica (Art. 170, IV, Constituição da República)⁵⁶. Referido princípio também está inserido na Lei do Petróleo, como um dos objetivos da Política Energética Nacional (Art. 1º, IX, Lei nº 9.478/1997)⁵⁷.

No mesmo objetivo de reestruturar o setor petrolífero, o Plano de Negócios e Gestão 2015-2019, demonstra a estratégia de investimentos da Petrobrás⁵⁸, prevê investimentos de US\$ 98,4 bilhões e tem como objetivos

⁵⁴BRASIL. *Lei nº 9.487, de 06 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 18 jun. 2016.

⁵⁵BRASIL. *Decreto nº 8.6387, de 18 de janeiro de 2016*. Institui o Programa de Estímulo a Competitividade da Cadeia Produtiva, ao Desenvolvimento e ao Aprimoramento de Fornecedores do setor de Petróleo e Gás Natural. Diário Oficial da União, Brasília, n. 11, 19 maio 2005. Seção 1. p. 1.

⁵⁶Idem. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁵⁷Idem. *Lei nº 9.487, de 06 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 18 jun. 2016.

⁵⁸Idem. *Decreto nº 8.6387, de 18 de janeiro de 2016*. Institui o Programa de Estímulo a Competitividade da Cadeia Produtiva, ao Desenvolvimento e ao Aprimoramento de

fundamentais a desalavancagem da Companhia e a geração de valor para os acionistas.

Nesse contexto, no seu precípua papel fiscalizador, a ANP deverá observar, além de todas as leis e regulamentos do ordenamento relativos ao tema, as orientações jurisprudenciais sobre questão reiterativa tomada em sede de IRDR. Nesse sentido, conforme disposto nos artigos 976 a 987 do NCPC, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Portanto, cabe relacionar que a ANP, como agência reguladora, está vinculada às decisões em sede de IRDR. Em verdade, o referido instituto tem como finalidade resolver coletivamente as questões homogêneas – ou seja, da mesma matéria – de forma pulverizada nas demandas repetitivas, ligadas, na imensa maioria das vezes, aos litígios de massa⁵⁹.

Cabe explicar que quando a ANP toma conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deve comunicar imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, para que este adote as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente⁶⁰. Isso é extremamente relevante, pois a atuação em defesa da concorrência permeia todas as ações do Estado e não depende apenas da ANP.

Nesse diapasão, a integração da ANP com outros órgãos públicos e com todos os envolvidos no mercado do petróleo é fundamental para a adequada defesa da ordem econômica, seja de modo preventivo - ao avaliar por meio de parecer técnico o impacto das operações de fusões e aquisição de empresas da indústria de petróleo e seus derivados, gás natural e biocombustíveis sobre os mercados específicos – ou repressivo – na circunstância de identificação de fatos

Fornecedores do setor de Petróleo e Gás Natural. Diário Oficial da União, Brasília, n. 11, 19 maio 2005. Seção 1. p. 1.

⁵⁹CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁶⁰Idem. *Lei nº 9.487, de 06 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 18 jun. 2016.

que possam configurar infrações contra a ordem econômica, tais como cartéis e preços predatórios, a ANP comunica ao CADE para a adoção das medidas cabíveis no âmbito da Lei nº 12.259/2011⁶¹.

Assim, a ANP, no exercício de suas atribuições, é peça fundamental para a promoção do desenvolvimento pátrio, pois busca prevenir o mercado interno de práticas abusivas e anticoncorrenciais no setor petrolífero nacional.

2 – Cultura dos precedentes

Nas palavras de Daniel Neves, “precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido”⁶². Pelo atual sistema instituído pelo Novo Código de Processo Civil – NCPC, o precedente brasileiro aproxima-se, mas não se confunde com o precedente do *commom law* – estrutura mais utilizada pelo direito anglo-saxão, como nos Estados unidos e Inglaterra – exatamente por ser o objetivo, ou seja, o precedente brasileiro já nasce predestinado a tornar-se um precedente vinculante⁶³.

Essa diferenciação é o cerne da maior mudança trazida pelo NCPC, ou seja, a valorização da cultura dos precedentes. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 garante em seu art. 5º, XXXV o direito de acesso à jurisdição. No entanto, o volume crescente de processos, a complexidade das demandas com o consequente leque de decisões diferenciadas para situações semelhantes, aliados à economia de massa e crescimento populacional, criaram um cenário que incitou a necessidade de profundas modificações socioculturais em especial para garantir a efetividade da tutela jurisdicional⁶⁴.

⁶¹ PETROBRAS. *Plano de Negócios e Gestão*. Disponível em (<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/estrategia/plano-de-negocios-e-gestao/>). Acesso em 17 jun. 2016.

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspdvdm, 2016.

⁶³ NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspdvdm, 2016.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 1399.

O Novo Código nasce para assegurar a efetiva tutela dos direitos individuais e coletivos, observada a garantia da razoável duração do processo e valorizando uma linha principiológica que garanta a aplicação da lei, homenageando os valores da isonomia e justiça. Acrescenta-se que a harmonia dos julgados, especialmente no aspecto vertical e horizontal, é primordial para o Estado Democrático de Direito, pois afasta-se de incongruências lógicas e preserva a segurança jurídica⁶⁵. Nesse sentido, o art. 926 do NCPC determina que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, coerente e íntegra de modo a criar um ambiente decisório mais previsível e isonômico.

A eficácia vinculante do precedente é determinada pelo art. 927, I do NCPC. A novidade é atribuir esse tipo de eficácia a precedentes e súmulas não vinculantes. Referido tema não afasta a possibilidade de suscitarem-se arguições de inconstitucionalidade por entender-se que normas infraconstitucionais não podem atribuir eficácia vinculante a precedentes e súmulas sem previsão constitucional nesse sentido.

No entanto, doutrinadores como Hermes Zaneti defendem a novidade legislativa por compreender que o Poder Judiciário não faz nascer uma norma jurídica nesses casos. O autor destaca que criar uma nova norma jurídica não se confunde com a atividade de dar um sentido homogêneo e unívoco à norma que foi criada pela via legislativa. Nesse sentido, é pouco provável que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade dos dispositivos do NCPC, pois é do interesse da corte a promessa de diminuição da quantidade de processos e recursos com a eficácia vinculante dada por esses dispositivos⁶⁶.

Importa destacar que a criação do precedente no julgamento do IRDR e dos Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos gera duas importantes consequências. A primeira é a eficácia vinculante da decisão para os processos judiciais⁶⁷. Julgado o incidente, a tese jurídica deve ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre a mesma questão de direito

⁶⁵Ibidem, p. 1400.

⁶⁶ZENETI JR., Hermes. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Et al Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁶⁷NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspdvm, 2016.

e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal; aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito que venham a tramitar no território de competência do tribunal. Gustavo Garcia entende que a tese jurídica deve ser aplicada, inclusive, a todos os processos individuais e coletivos que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região⁶⁸.

A segunda importante consequência é, nos termos do §2º do art. 985 do NCPC, tendo o incidente como objeto questão relativa a prestação do serviço concedido – como no caso da concessão para exploração das jazidas petrolíferas – o resultado do julgamento deverá ser comunicado ao órgão, ente ou agência reguladora competente – no caso, a ANP – para fiscalização e efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada no seu julgamento⁶⁹.

3 – Núcleo da decisão e diálogos institucionais

É de conhecimento geral que o Poder Público é um dos maiores litigantes brasileiros. Nesse sentido, seria mais que imperativo ampliar-se os órgãos e instrumentos de sua fiscalização. Assim, as agências reguladoras devem ser reestruturadas e, em especial, os diálogos institucionais entre os poderes constituídos devem ser fomentados e aprimorados. O que se verifica, na realidade, é a prática de transferir para o Poder Judiciário questões de relacionamento com os cidadãos ou os clientes das empresas concessionárias, se desonerando do custo de manutenção de serviços de atendimento, e, logo, onerando o Judiciário⁷⁰.

Nesse sentido, é fundamental distinguir, no caso concreto, a *ratio decidendi* das decisões de sua *obiter dicta*⁷¹. Esta caracterizada por ser passageira, prescindível, paralela e não determinante para o julgamento. Nesse

⁶⁸GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Novo Código de Processo Civil: principais modificações*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁶⁹NEVES, op. cit., p. 1415.

⁷⁰NUNES, Dierle. *Sistema processual brasileiro pouco se preocupa com as causas*. Revista Conjur. Disponível em (<http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/dierle-nunes-sistema-processual-preocupa-causas>). Acesso em 18 jun. 2016.

⁷¹ZENETI JR., Hermes. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

sentido, o Enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) nº 318 afirma que, exatamente por não serem essenciais, os fundamentos *obiter dicta* não vinculam⁷². Por sua vez, o fenômeno *ratio decidendi*, comumente referido pelos tribunais como “motivos determinantes”⁷³ ou “razões de decidir”⁷⁴, deverá ser repensado à luz do Novo Código. A *ratio decidendi*, ou *holding* – como denominada no direito americano –, é o fundamento determinante que vincula o precedente, seu núcleo.

O uso de precedentes não é novidade trazida pelo NCPC, mas as determinações que reforçam e tornam obrigatória a observância de precedentes vinculantes altera a realidade de diversos setores e áreas em que comumente tem-se um número elevado de ações processuais. É notória a relação do direito com a situação econômica da República Federativa do Brasil. O julgador contemporâneo não pode ser alheio às questões econômicas de suas decisões, em especial nas decisões com efeitos nacionais como é o caso da relação das agências reguladoras, em especial a ANP e o Microssistema de Resolução das Demandas Repetitivas.

4 – Estado regulador

A prestação de serviços públicos de utilidade pública é caracteristicamente essencial, mesmo que seu fornecimento seja por entidade privada. Isso porque a utilidade pública, nesses casos, resulta basicamente de dois fatores principais: a obrigação de grande parte da população a utilizar tais

⁷²Enunciado n.º 318 do FPPC: “Os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante.”

⁷³“O que pretende o Reclamante é valer-se desse instituto para exigir respeito aos fundamentos determinantes externados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.229/ES, que não teriam sido observados pela autoridade reclamada. No entanto, a questão referente à aplicação da teoria dos motivos determinantes não está consolidada neste Supremo Tribunal.” STF, Tribunal Pleno, Rcl: 5216 PA, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 23/12/2010, Data de Publicação: DJe-024 DIVULG 04/02/2011 PUBLIC 07/02/2011

⁷⁴“As razões de decidir extraídas do referido precedente são suficientes para demonstrar que a Corte Suprema não permite que o Estado-membro crie uma nova hipótese de incidência sem o amparo da norma geral editada pela União.” STF - RE: 578582 RS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/11/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 18-12-2012 PUBLIC 19-12-2012

serviços e a exigência de expansão de tais serviços para o crescimento da economia⁷⁵.

A atual crise brasileira não expurga dos gestores a necessidade da política coordenada para atender aos preceitos e finalidades da prestação dos serviços voltados para o crescimento nacional. As decisões vinculantes desempenharão enorme influência na condução da atuação da ANP, que por sua vez regulará a atividade dos órgãos e entes que se submetem a sua fiscalização e geram efeitos sociais de abrangência nacional e influenciam até mesmo o cidadão, na posição de consumidor, e afeto às oscilações econômicas.

No ponto da relação com o consumidor, a regulação justifica-se nos casos em que há uma acentuada desigualdade de força entre o poder do consumidor e das empresas, como é o caso da exploração das jazidas minerais e recursos do subsolo, setor que caracteriza um monopólio natural e da União, conforme determina o art. 177 da Constituição Federal. É uma situação completamente diversa de mercados caracterizados por grande pulverização e forte concorrência entre múltiplos produtores, sem grandes problemas de informação e nos quais as empresas, sob a perspectiva individual, têm pouco ou nenhum poder e, se o consumidor estiver insatisfeito, pode simplesmente trocar de produto⁷⁶.

4.1 – Importância e objetivos da regulação

A privatização da prestação dos serviços de utilidade pública, a qual constitui foco da atuação da regulação estatal, diferencia o poder concedente e poder regulador. Por ser o titular da obrigação da prestação do serviço, tradicionalmente o poder concedente é do governo e é o responsável por estabelecer a oferta do serviço, a melhor forma de atendê-la e a fazer cumprir as condições do contrato de concessão. Por sua vez, o poder regulador usualmente pertence a uma agência específica e, ainda que possa também

⁷⁵GIAMBIAGI, Fábio e ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁷⁶Ibidem, p. 407.

representar um poder do Estado, não é responsável pela obrigação direta por sua prestação, mas deve garantir a adequação às regras estabelecidas e qualidade do serviço prestado⁷⁷.

Nesse sentido, cabe ao poder regulador⁷⁸: a definição operacional de conceitos fundamentais a serem incluídos nos contratos de concessão; a investigação e denúncia de atividades caracteristicamente anticompetitivas bem como o abuso do monopólio da União; e a interpretação das regras.

A permissão para atribuição a terceiros sobre o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela União encontra amparo no art. 177 da CF/88, enquanto a Emenda Constitucional 9/95 permite que União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural.

Ressalta-se que essa permissão não configura ofensa à reserva de monopólio atribuída à União, pois, conforme ensina Eros Grau⁷⁹, a propriedade do produto da lavra atribuída ao concessionário pelo preceito do art. 176 é inerente ao modo de produção capitalista. Assim, a direção de novos investimentos a tipo de empreendimento e manter aberta a janela de competitividade fazem parte da expectativa da expansão do desenvolvimento nacional.

Nesse contexto, José Carlos Pinto, diretor do Parque Tecnológico da UFRJ, destaca que a agenda propositiva, no aspecto político, deve privilegiar temas que garantam a estabilidade e a segurança ao fluxo de investimentos no setor. Em especial, o especialista indica que a agenda política deve contemplar a correção de distorções do novo regulamento da ANP⁸⁰.

⁷⁷GIAMBIAGI, Fábio e ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁷⁸Ibidem, p. 407.

⁷⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ementa: constitucional. Conceito e classificação. Petróleo e outros. ADI 3.273-9/DF. Relator para o acórdão: min. Eros Grau. Brasília, Disponível em (<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3273&processo=3273>). Acesso em 18 jun. 2016.

⁸⁰ PINTO, José Carlos. *Uma agenda de competitividade*. Disponível em (<http://oglobo.globo.com/opiniao/uma-agenda-de-competitividade-18359089#ixzz4BwR4BSs8>) Acesso em 18 jun. 2016.

4.2 – Agências reguladoras

No Brasil, as agências reguladoras são dotadas de certo grau de independência que permita buscar o atendimento dos direitos e interesses do usuário bem como a eficiência da indústria. Em meio a objetivos conflitantes como a maximização do lucro, concentração de empresas e a maximização de receitas, tem-se ainda o objetivo de garantir os direitos individuais da parte mais fragilizada dessa relação: o consumidor⁸¹.

Nesse contexto, a eficiência do sistema regulatório relaciona-se com um dos principais objetivos da regulação: o bem-estar do consumidor⁸². Para a necessária eficiência da atuação regulatória, exige-se a existência de marcos reguladores claramente definidos quanto aos direitos e obrigações entre os diversos autores das relações de cada setor, bem como um mecanismo ágil e eficiente de resolução de conflitos entre o poder concedente e a concessionária⁸³.

Nesse sentido, o Microsistema Processual de Resolução de Demandas Repetitivas pode facilitar, fomentar ou mesmo criar o terreno para garantir certo grau de estabilidade contra os riscos econômicos e políticos. Referida estabilidade é necessária e desejada por investidores. Dessa forma, as decisões tomadas de modo racional em sede de IRDR e Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos podem contribuir para a criação de marcos reguladores estruturados de tal forma que possam servir de propósito para atração e estimulação de novos investimentos privados no setor de prestação de serviços públicos, o que aumenta a garantia dos usuários à obtenção de serviço adequado⁸⁴.

⁸¹GIAMBIAGI, Fábio e ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁸²GIAMBIAGI, Fábio e ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁸³Ibidem, p. 407.

⁸⁴Ibidem, p. 407.

Relaciona-se, assim, a decisão de caráter abrangente das ações coletivas que vincula a fiscalização das agências reguladoras e sua consequência econômica para o desenvolvimento nacional bem como a valorização do bem-estar do consumidor.

Os marcos reguladores correspondem à reunião de normas e critérios ordenadores e orientadores das atividades delegadas ao empresário que são aplicadas pelas agências regulamentadoras as quais, em muitos casos, funcionam como instância decisória dos conflitos entre empresas concessionárias e os usuários⁸⁵. Vislumbra-se, portanto, a abrangência dos efeitos que as decisões proferidas a partir do Microsistema de Resolução de Casos Repetitivos desencadeiam ao estabelecer preceito vinculante a ser fiscalizado pelas agências reguladoras.

Nos termos do art. 976 do NCPC, o IRDR é admissível quando houver simultaneamente a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito, sob o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Já os Recursos Repetitivos, conforme inteligência do art. 1.036 e seguintes do NCPC, são cabíveis sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito. Nesse caso, será selecionado um (ou mais) recurso representativo da controvérsia, e a tese firmada em sua decisão deverá ser aplicada pelos demais órgãos do Judiciário aos processos que versam sobre idêntica controvérsia. Além disso, a decisão deverá ser observada também pela Administração Pública e, em especial, pelas agências reguladoras⁸⁶.

Não é possível antever as questões que poderão ser trazidas, tampouco como decidirão os julgadores, mas demonstra-se essencial a participação da ANP na tomada das decisões sobre o assunto, bem como a consideração dos impactos econômicos e sociais que são desencadeados pela vinculação do que é determinado pelo incidente.

⁸⁵GIAMBIAGI, Fábio e ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁸⁶BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 18 jun. 2016.

Exemplo de situações que geram um impacto econômico brutal são as determinações para abandono de poços ou suspensão de atividades, como ocorreu em 2012, caso da suspensão das atividades da TRANSOCEAN determinada pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo impacto econômico gerou uma afetação semelhante a um “efeito dominó” por toda a indústria do petróleo e receitas governamentais da União, Estado e Municípios. Ficou demonstrado que o grave dano à economia não ficou adstrito apenas às empresas envolvidas e o Tribunal teve que reconsiderar sua decisão⁸⁷.

5 – Livrando-se de ruídos

Para evitar que o Microsistema de Resolução de Casos Repetitivos transforme sua missão em assegurar a isonomia e a segurança jurídica⁸⁸, configurando-se em instrumento que cria um campo ideal para desentendimentos e com isso, conforme demonstrado, gere prejuízos econômicos catastróficos, é imperativo a especial atenção dos julgadores aos seguintes aspectos: decisões racionais; participação dos interessados; cuidados com generalidades excessivas e os engessamentos. É clara a necessidade de aprimoramento das técnicas de julgamento no novo cenário criado pelo NCPC.

Os economistas Fábio Giambiagi e Ana Cláudia Além valorizam como uma das principais funções das agências reguladoras a participação nas decisões e sugestões de novas regras. Nesse sentido, como decorrência lógica desse pensamento, as agências reguladoras do ramo pertinente devem ser chamadas para participarem das decisões que envolvam sua matéria. Em reforço a esse entendimento, os autores descrevem:

Dentre suas principais funções, cabem ao órgão regulador: a) a defesa e interpretação das regras, além da sugestão de novas

⁸⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão em AgRg na SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 1.639 – RJ. Ministro Félix Fischer. Brasília, 28 de setembro de 2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=24788907&num_registro=201201750705&data=20121002&formato=PDF>. Acesso em: 18 jun. 2016.

⁸⁸ NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspdvnm, 2016.

regras que facilitem as regras e resolvam os conflitos entre os atores – incluindo também os possíveis conflitos com o poder concedente⁸⁹.

O novo Código de Processo Civil institui de forma genérica (art. 138 do NCPC) a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, sanando assim a falta de previsão legislativa⁹⁰. De todo modo, no âmbito do incidente de resolução das demandas repetitivas, essa previsão se repete na redação do artigo 983 do NCPC. Assim, conforme já explorado, os direitos discutidos em sede de IRDR versam sobre questões de ampla repercussão, e a decisão proferida no incidente tem efeito vinculante para casos futuros. Assim, é extremamente recomendada e adequada a intervenção dos *amicus curiae*, uma vez que essa condição outorga à decisão uma maior legitimidade⁹¹. Defende-se, nesse ponto, a legitimidade e necessidade da participação da ANP nas decisões que definirão precedentes para o setor petrolífero.

Ao considerar responsabilidade e efeitos das decisões que formam precedentes, cabe ressaltar a necessidade do diálogo das instituições e de todos os interessados na questão como forma de legitimar as decisões e, não apenas dirimir prejuízos, mas tornar o Microsistema de Resolução de Demandas Repetitivas um verdadeiro instrumento a favor do desenvolvimento. Para o efetivo diálogo democrático, sugere-se considerar as proposições do filósofo político Jürgen Habermas, pois sua ideia sobre a democracia funda-se no entendimento entre os indivíduos. Segundo o filósofo, esse entendimento somente ser possível se cada um estiver aberto para ouvir e entender o outro de modo limpo e honesto, livre de paixões e demais ruídos, e fazendo uso da única coisa que todos os seres humanos têm em comum: a razão⁹².

⁸⁹GIAMBIAGI, Fábio e ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁹⁰CAVALCANTI, M. d. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁹¹Ibidem, p. 211.

⁹²HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Conclusão

A agenda de mudanças da política e regulação petrolífera é complexa e politicamente sensível. No entanto, trata-se de uma agenda possível e que está ao alcance da vontade social e política. Sem encarar esta agenda o Brasil estará perdendo uma oportunidade preciosa para acelerar a retomada do seu processo de crescimento econômico e desenvolvimento. Apesar das turbulências internacionais, o setor de petróleo ainda é o que tem maior potencial de crescimento em função da sua enorme dotação de recursos naturais, humanos e empresariais⁹³.

O país precisa avançar e a crise não pode ser usada para justificar retrocessos. Diálogos institucionais precisam ser efetivos e fundamentados na razão ao passo que as futuras decisões judiciais fixadoras de precedentes no setor petrolífero devem não apenas ater-se ao ordenamento jurídico, mas às consequências mediatas de suas determinações, tanto sociais quanto econômicas. É preciso enxergar mais longe, pois a crise vai passar e as necessidades do país poderão continuar existindo⁹⁴.

Referências

ALMEIDA, Edimar. **Caminhos para retomada da indústria de petróleo no Brasil**. Publicado em 17/08/2015. Blog Infopetro. Acessado 17/06/2016. Disponível em (<https://infopetro.wordpress.com/2015/08/17/caminhos-para-retomada-da-industria-de-petroleo-no-brasil/>)

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010.

_____. **Decreto nº 8.6387, de 18 de janeiro de 2016**. Institui o Programa de Estímulo a Competitividade da Cadeia Produtiva, ao Desenvolvimento e ao Aprimoramento de Fornecedores do setor de Petróleo e Gás Natural. Diário Oficial da União, Brasília, n. 11, 19 maio 2005. Seção 1. p. 1.

⁹³ALMEIDA, Edimar. *Caminhos para retomada da indústria de petróleo no Brasil*. Publicado em 17/08/2015. Blog Infopetro. Disponível em (<https://infopetro.wordpress.com/2015/08/17/caminhos-para-retomada-da-industria-de-petroleo-no-brasil/>) Acesso em 17 jun. 2016.

⁹⁴ PINTO, José Carlos. *Uma agenda de competitividade*. Disponível em (<http://oglobo.globo.com/opiniao/uma-agenda-de-competitividade-18359089#ixzz4BwR4BSs8>) Acesso em 18 jun. 2016.

_____. **Lei nº 9.487, de 06 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm).

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão em AgRg na SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 1.639 – RJ. Ministro Félix Fischer.** Brasília, 28 de setembro de 2012. Disponível em: (https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=24788907&num_registro=201201750705&data=20121002&formato=PDF).

CAROSO, Renato Fragelli. **Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira.** Coords. Fernando Veloso *et al.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Novo Código de Processo Civil: principais modificações.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GIAMBIAGI, Fábio e ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil.** 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil.** 8. ed. Salvador: Juspdivm, 2016.

NUNES, Dierle. **Sistema processual brasileiro pouco se preocupa com as causas.** Revista Conjur. Disponível em (<http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/dierle-nunes-sistema-processual-preocupa-causas>).

PETROBRAS. **Plano de Negócios e Gestão.** Disponível em (<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/estrategia/plano-de-negocios-e-gestao/>).

PINTO, José Carlos. **Uma agenda de competitividade.** Disponível em (<http://oglobo.globo.com/opinia0/uma-agenda-de-competitividade-18359089#ixzz4BwR4BSs8>).

ZENETI JR., Hermes. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** Coords. *Et al* Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A PORTA ABERTA PELA LEI DA REPATRIAÇÃO PARA A REGULARIZAÇÃO DO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO E PARA A DESCRIMINALIZAÇÃO

Alexis Sales de Paula e Souza

Introdução. II - Da possibilidade da regularização de recursos destinados ao financiamento do terrorismo. III – Da possibilidade de regularização dos recursos obtidos com o crime de clonagem de cartões. IV – Da possibilidade de descriminalização dos delitos relacionados no §1º do art. 5º da Lei de Repatriação. V – Da possibilidade dos que foram condenados, sem trânsito em julgado, aderirem ao programa de regularização. VI – Da inconstitucionalidade da Lei de Repatriação. Conclusão.

Introdução

Recentemente foi sancionada, com vetos, a [Lei 13.254/2016](#), popularmente conhecida como Lei da Repatriação, que institui o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT). Segundo o Poder Executivo, a nova legislação permite que recursos, com origem lícita, de pessoa física ou jurídica, que tenham sido transferidos ou mantidos no exterior sem terem sido declarados oficialmente, ou declarados com omissão ou incorreção, possam ser regularizados com recolhimento dos tributos aplicáveis e multa. O Poder Executivo ressaltou que a possibilidade de repatriação não se aplica ao *"terrorismo e seu financiamento"* e aos *"recursos financeiros que sejam provenientes de atos criminosos."*⁹⁵

Conforme o "Blog do Planalto", a Lei beneficiará quem voluntariamente declarar ou retificar a declaração incorreta. O RERCT aplica-se também aos atualmente não residentes no momento da publicação da Lei, desde que residentes ou domiciliados no Brasil, conforme a legislação tributária em 31/12/2014. Ainda conforme a nota oficial, a

⁹⁵ <http://blog.planalto.gov.br/presidenta-sanciona-a-lei-da-repatriacao-de-recursos/>

norma compõe o pacote de ajuste fiscal do Governo Dilma e tem como estimativa inicial arrecadar aos cofres da União entre R\$ 100 e R\$ 150 bilhões. Ressalta o informe que dados do Ministério da Fazenda revelaram que ativos não declarados de brasileiros no exterior podem chegar a US\$ 400 bilhões. De acordo com a Lei sancionada, quem normalizar a situação terá extinta a punibilidade dos delitos contra a ordem tributária eventualmente cometidos.

Os jornais publicaram que, na avaliação do mercado financeiro, o volume de recursos a serem repatriados pela Lei 13.254/2016 será muito maior do que as estimativas iniciais do Governo, podendo chegar a R\$ 80 bilhões somente em 2016. Segundo a matéria, devido às prisões da Operação Lava Jato, “*quem tem dinheiro lá fora*” não quer se arriscar.⁹⁶

Inicialmente é preciso destacar que a Lei 13.254/2016 é temporária, ou seja, contém em seu texto o período de sua vigência, no caso de 4/4/2016 a 31/10/2016⁹⁷, regulando os fatos ou eventos ocorridos nesse interregno de tempo. De fato o art. 3º do Código Penal prevê que a lei temporária aplica-se ao fato praticado durante sua vigência, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram.⁹⁸ Por isso, as leis temporárias são dotadas de extratividade, pois produzem efeitos para além do seu período de vigência, para frente ou para trás no tempo. Comparando a Lei de Repatriação com outra norma temporária recente, a Lei Geral da Copa (Lei 12.663/2012), verifica-se algo interessante: as duas Leis têm efeitos inversos. A Lei Geral da Copa é dotada de ultratividade, ou seja, avança no tempo, pois continuará a se aplicar aos fatos considerados crimes pela norma⁹⁹, cometidos no período de 1º/1/2013 a 31/12/2014,

⁹⁶ <http://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/lava-jato-torna-repatriacao-mais-interessante.html>

⁹⁷ Instrução Normativa 1.627, de 11/3/2016, publicada no DOU de 15/03/2016, seção 1, pág. 13. <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=72224>

⁹⁸ Código Penal: “Art. 3º. A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.”

⁹⁹ Lei 12.663/2012: “**Utilização indevida de Símbolos Oficiais** - Art. 30. Reproduzir, imitar, falsificar ou modificar indevidamente quaisquer Símbolos Oficiais de titularidade da FIFA: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa. Art. 31. Importar, exportar, vender, distribuir, oferecer ou expor à venda, ocultar ou manter em estoque Símbolos Oficiais ou produtos resultantes da reprodução, imitação, falsificação ou modificação não autorizadas de Símbolos Oficiais para fins comerciais ou de publicidade: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses ou multa. **Marketing de Emboscada por Associação** - Art. 32. Divulgar marcas, produtos ou serviços, com o fim de alcançar vantagem econômica ou publicitária, por meio de associação direta ou indireta com os Eventos ou Símbolos Oficiais, sem autorização da FIFA ou de pessoa por ela indicada, induzindo terceiros a acreditar que tais marcas, produtos ou serviços são aprovados, autorizados ou endossados pela FIFA: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, sem autorização da FIFA

mesmo depois de encerrada sua vigência. Já a Lei de Repatriação é dotada de retroatividade, ou seja, volta no tempo, pois exclui, no período de 4/4/2016 a 31/10/2016, a punibilidade de crimes ocorridos antes da sua vigência.

Além desse fato, ao se examinar mais detidamente a chamada Lei da Repatriação percebe-se que, diferentemente do que anunciou oficialmente o Poder Executivo, esta lei temporária permite que sejam regularizados recursos destinados ao financiamento do terrorismo e oriundos dos mais variados crimes. Com efeito, observa-se de plano uma enorme incoerência legal na Lei de Repatriação quanto aos recursos passíveis de regularização. Vejamos. No art. 1º a Lei 13.254/2016¹⁰⁰ estabelece que somente recursos de “origem lícita” são passíveis de regularização. No entanto o inciso II do art. 2º da norma define que é lícito o produto ou o proveito dos crimes previstos no § 1º do art. 5º da Lei.¹⁰¹ Como se observa, a Lei de Repatriação amplia o conceito do que venha a ser “origem lícita” e pode, inadvertidamente, ter produzido um efeito de descriminalizador em relação aos delitos que relaciona.

1. Da possibilidade da regularização de recursos destinados ao financiamento do terrorismo.

A Lei de Repatriação contém, no nosso entendimento, um erro grave ao dissociar a origem do dinheiro do seu destino inicial, porque isto admite a regularização de recursos destinados ao financiamento do terrorismo.

*ou de pessoa por ela indicada, vincular o uso de Ingressos, convites ou qualquer espécie de autorização de acesso aos Eventos a ações de publicidade ou atividade comerciais, com o intuito de obter vantagem econômica. **Marketing de Emboscada por Intrusão** - Art. 33. Expor marcas, negócios, estabelecimentos, produtos, serviços ou praticar atividade promocional, não autorizados pela FIFA ou por pessoa por ela indicada, atraindo de qualquer forma a atenção pública nos locais da ocorrência dos Eventos, com o fim de obter vantagem econômica ou publicitária: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa. (...) Art. 36. Os tipos penais previstos neste Capítulo terão vigência até o dia 31 de dezembro de 2014. (...) Art. 71. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Parágrafo único. As disposições constantes dos arts. 37 a 47 desta Lei somente produzirão efeitos a partir de 1º de janeiro de 2013.”*

¹⁰⁰ Lei 13.254/2016: “Art. 1º É instituído o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), para declaração voluntária de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais, remetidos ou mantidos no exterior, ou repatriados por residentes ou domiciliados no País, conforme a legislação cambial ou tributária, nos termos e condições desta Lei.”

¹⁰¹ Lei 13.254/2016: “Art. 2º. Consideram-se, para os fins desta Lei: (...); II - recursos ou patrimônio de origem lícita: os bens e os direitos adquiridos com recursos oriundos de atividades permitidas ou não proibidas pela lei, bem como o objeto, o produto ou o proveito dos crimes previstos no § 1º do art. 5º;” (grifo nosso)

O art. 6º da Lei 13.260/2016¹⁰², que disciplina o crime de terrorismo e o conceito de organização terrorista no país, prevê pena de 15 a 30 anos de reclusão para quem oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução de atos terroristas.

Já o art. 1º da Lei 13.245/2016 estabelece que os recursos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados poderão ser regularizados. A ausência de exceção na Lei de Repatriação quanto ao destino original dos recursos admite que seja regularizado o dinheiro para o financiamento de atividades terroristas, obtido antes de 18/3/2016, data da publicação da Lei 13.260/2016, por meio de atividades permitidas ou não proibidas.

Isso é uma porta aberta para que recursos oriundos de fontes lícitas, arrecadados antes da Lei 13.260/2016, no Brasil e nos países onde não existe lei criminalizando o financiamento do terrorismo, sejam regularizados pela lei brasileira e remetidos legalmente ao exterior ou utilizados internamente.

Imaginemos duas hipóteses de origem lícita de recursos para o financiamento do terrorismo. Na primeira, uma pessoa simpatizante de uma organização terrorista, que deseja atuar como um “lobo solitário”¹⁰³, recebe deste grupo, antes da Lei 13.260/2016, dinheiro oriundo de doações espontâneas, para financiar a sua ação. Outra hipótese é uma pessoa jurídica, operando lícitamente no mercado brasileiro, que mantenha recursos em “caixa dois”¹⁰⁴, arrecadados antes da Lei que criminaliza o terrorismo no Brasil, destinados a financiar a causa de uma organização terrorista. Em ambos os casos os ativos são lícitos devido à ausência de tipificação penal¹⁰⁵ e nada impede, em tese, que esses

¹⁰² Lei 13.260/2016: “Art. 6º Receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei: Pena - reclusão, de quinze a trinta anos. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem oferecer ou receber, obtiver, guardar, mantiver em depósito, solicitar, investir ou de qualquer modo contribuir para a obtenção de ativo, bem ou recurso financeiro, com a finalidade de financiar, total ou parcialmente, pessoa, grupo de pessoas, associação, entidade, organização criminosa que tenha como atividade principal ou secundária, mesmo em caráter eventual, a prática dos crimes previstos nesta Lei.”

¹⁰³ “Lobo solitário” é um tipo de terrorista que atua de maneira independente que pode ou não ter vínculos formais com organizações terroristas.

¹⁰⁴ Recursos financeiros não contabilizados e não declarados.

¹⁰⁵ Constituição Federal: “Art. 5º (...); XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

agentes adiram à Lei de Repatriação para legalizar os recursos financiar ações no Brasil ou no exterior.

Como a Lei de Repatriação não se preocupa com o destino original dos recursos e uma vez que o dinheiro foi obtido mediante operações lícitas, antes de 18/3/2016, criou-se um conflito com os princípios constitucionais fundamentais expressos no art. 4º, VIII, c/c o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal. Isso sem falar na ofensa aos inúmeros acordos internacionais firmados pelo Brasil para combater o financiamento ao terrorismo.

2. Da possibilidade de regularização dos recursos obtidos com o crime de clonagem de cartões.

Outro erro na Lei de Repatriação é permitir a regularização do crime de falsificação de cartões de crédito e de débito, previsto no parágrafo único do art. 298 do Código Penal¹⁰⁶. Com efeito, o § 1º do art. 5º da Lei de Repatriação estabelece que o produto ou o proveito do crime previsto no mencionado art. 298 poderá ser regularizado. Ocorre que o legislador deixou de observar que o citado artigo encerra dois crimes, um no *caput* e, outro, no parágrafo único, respectivamente, falsificação de documento particular e falsificação de cartão de crédito e de débito. O legislador não observou que clonar cartão de crédito e débito é o mesmo que falsificar documento privado. Ao não estabelecer qualquer exceção, a Lei de Repatriação admite que sejam regularizados os dois crimes.

É de se esclarecer que o crime de falsificação de cartão é crime-meio ou crime-fim, dependendo da situação, e é um delito formal, portanto, não exige resultado naturalístico. A ofensa ao bem jurídico ocorre com a lesão à “*fé pública*”, em razão da falsificação. Esse crime não se confunde com a utilização desse cartão para realizar furto. O agente que falsifica comete ato típico pelo simples fato de falsificar. Já o agente que usar o cartão clonado para furtar comete o crime do art. 155 do Código Penal. Se o mesmo agente falsificar o cartão e o usar para furtar, o delito do parágrafo único do art. 298 do Código Penal é absorvido pelo crime do art. 155.

A falsificação de cartões de crédito e de débito é hoje uma das principais atividades das organizações criminosas. O crime organizado clona cartões para usá-los no

¹⁰⁶ Código Penal: “*Falsificação de documento particular* - Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa. ***Falsificação de cartão - Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equiparase a documento particular o cartão de crédito ou débito.***” (grifo nosso)

cometimento de furtos ou de estelionatos ou simplesmente para vendê-lo para que seja usado por outros.¹⁰⁷

Como se observa, ao não limitar a possibilidade de regularização ao crime do *caput* do art. 298 do Código Penal, a Lei 13.254/2016 abriu a possibilidade de que os recursos adquiridos por organizações criminosas com a prática do crime do parágrafo único do dispositivo sejam regularizados pela Lei da Repatriação.

Certamente não era intenção do legislador permitir a regularização do produto de um crime que vitima tantos brasileiros. Segundo a Pesquisa de Crimes Eletrônicos 2014, realizada pela FecomercioSP, a clonagem de cartão de crédito e débito representa 44,5% dos **crimes nos meios digitais**.¹⁰⁸

3. Da possibilidade de descriminalização dos delitos relacionados no §1º do art. 5º da Lei de Repatriação.

Examinando o inciso II do art. 2º da Lei de Repatriação verifica-se que o legislador cometeu um erro grave ao definir que são lícitos o *"objeto, o produto ou o proveito dos crimes previstos no § 1º do art. 5º."*¹⁰⁹. Cabe aqui esclarecer que o produto do crime é sempre o bem imediato adquirido com a conduta delituosa, enquanto o proveito é o bem mediato decorrente do produto do crime. No crime de sonegação fiscal, por exemplo, o produto é o valor que o agente deixou de recolher ao fisco, enquanto o proveito é um bem que o agente venha a adquirir com o que deixou de oferecer à tributação.

Crime é definido como um fato típico e antijurídico. Em apertada síntese, fato típico é aquele fato humano que se ajusta formal e materialmente ao descrito na lei penal. Já a ilicitude ou antijuridicidade é a contrariedade dessa conduta com o ordenamento jurídico. Assim, para a existência de um crime é necessário que a conduta praticada pelo agente seja não somente típica, mas, também, ilícita ou antijurídica. A Parte Geral do Código Penal, no art. 23, prevê que são hipóteses de afastamento da ilicitude o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal ou o exercício regular

¹⁰⁷ <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2015/10/pf-desarticula-organizacao-criminosa-que-fraudava-cartoes-de-credito>

¹⁰⁸ <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/08/clonagem-de-cartao-e-crime-digital-que-mais-faz-vitimas-diz-pesquisa.html>

¹⁰⁹ Lei 13.254/2016: "Art. 2º Consideram-se, para os fins desta Lei: (...); II - recursos ou patrimônio de origem lícita: os bens e os direitos adquiridos com recursos oriundos de atividades permitidas ou não proibidas pela lei, bem como o objeto, o produto ou o proveito dos crimes previstos no § 1º do art. 5º;"

de direito. Há também as chamadas justificações específicas, contidas na Parte Especial do Código Penal e em outras leis, que afastam a ilicitude da conduta.

A Lei 13.254/2016 jamais poderia ter igualado os ativos adquiridos com recursos oriundos de atividades permitidas ou não proibidas com aqueles provenientes de crime. Se o legislador desejava permitir que o produto ou o proveito dos crimes elencados fosse passível de regularização, deveria ter separado claramente as duas situações na Lei, sem jamais igualar o que foi adquirido lícitamente com o produto de crime.

A Lei de Repatriação retirou a antijuridicidade das condutas relacionadas no § 1º do art. 5º ao ampliar o conceito de licitude para abarcar o produto dos crimes. Trata-se de uma questão lógica: se o produto da conduta é lícito, então não há crime. Consequentemente, a Lei 13.254/2016, certamente sem desejar, descriminalizou os delitos de: clonagem de cartões, contra a ordem tributária, sonegação fiscal, falsificação de documento público e de documento particular, falsidade ideológica, o uso de documento falso, a **sonegação de contribuição previdenciária e a evasão de divisas**¹¹⁰.

A exclusão da antijuridicidade acima apontada em nada se confunde com a extinção da punibilidade prevista na própria Lei de Repatriação¹¹¹ como efeito da adesão ao programa de regularização. Isso porque a punibilidade é examinada posteriormente, ou seja, o agente pode ter praticado fato típico e antijurídico, mas não punível em razão, por exemplo, da prescrição.

A possível descriminalização aqui apontada decorre da garantia constitucional de retroação da lei penal mais benigna¹¹² e do parágrafo único do art. 2º do Código Penal o qual deixa bem claro que a lei posterior, *"que de qualquer modo favorecer o agente,*

¹¹⁰ Lei 13.254/2016: "Art. 5º (...) § 1º O cumprimento das condições previstas no caput antes de decisão criminal, em relação aos bens a serem regularizados, extinguirá a punibilidade dos crimes previstos: I - no art. 1º e nos incisos I, II e V do art. 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990; II - na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965; III - no art. 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - nos seguintes arts. do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando exaurida sua potencialidade lesiva com a prática dos crimes previstos nos incisos I a III: a) 297; b) 298; c) 299; d) 304; V - (VETADO); VI - no caput e no parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986; VII - no art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, quando o objeto do crime for bem, direito ou valor proveniente, direta ou indiretamente, dos crimes previstos nos incisos I a VI; VIII - (VETADO)."

¹¹¹ Lei 13.254/2016: "Art. 4º. (...) § 5º A regularização de ativos mantidos em nome de interposta pessoa estenderá a ela a extinção de punibilidade prevista no § 1º do art. 5º, nas condições previstas no referido artigo. (...) Art. 5º. (...) § 1º O cumprimento das condições previstas no caput antes de decisão criminal, em relação aos bens a serem regularizados, extinguirá a punibilidade dos crimes previstos:"

¹¹² Constituição Federal: Art. 5º, inc. XL.

aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado."¹¹³

O Supremo Tribunal Federal tem adotado o entendimento de que a regra constitucional de retroação da lei penal mais benéfica exige interpretação elástica ou tecnicamente "generosa". Para a Corte, ao se conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do art. 5º, os efeitos da lei mais benigna não se circunscrevem à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, "a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal." ¹¹⁴

¹¹³ Código Penal: "Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado." (grifo nosso)

¹¹⁴ STF: "A regra constitucional de retroação da lei penal mais benéfica (inciso XL do art. 5º) é exigente de interpretação elástica ou tecnicamente 'generosa'. Para conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, não por mérito da lei em que inserida a regra penal mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma. A discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-positivo) é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos. O que a Lei das Leis rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito. Situação em que há de se fazer uma escolha, e essa escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto, que não pode ser regulado, em parte, pela regra mais nova e de mais forte compleição benéfica, e, de outra parte, pelo que a regra mais velha contenha de mais benfazejo. A CR proclama é a retroatividade dessa ou daquela figura de direito que, veiculada por norma penal temporalmente mais nova, se revele ainda mais benfazeja do que a norma igualmente penal até então vigente. Caso contrário, ou seja, se a norma penal mais nova consubstanciar política criminal de maior severidade, o que prospera é a vedação da retroatividade. A retroatividade da lei penal mais benfazeja ganha clareza cognitiva à luz das figuras constitucionais da ultra-atividade e da retroatividade, não de uma determinada lei penal em sua inteireza, mas de uma particularizada norma penal com seu específico instituto. Isto na acepção de que, ali onde a norma penal mais antiga for também a mais benéfica, o que deve incidir é o fenômeno da ultra-atividade; ou seja, essa norma penal mais antiga decai da sua atividade eficaz, porquanto inoperante para reger casos futuros, mas adquire instantaneamente o atributo da ultra-atividade quanto aos fatos e pessoas por ela regidos ao tempo daquela sua originária atividade eficaz. Mas ali onde a norma penal mais nova se revelar mais favorável, o que toma corpo é o fenômeno da retroatividade do respectivo comando. Com o que ultra-atividade (da velha norma) e retroatividade (da regra mais recente) não podem ocupar o mesmo espaço de incidência. Uma figura é repelente da outra, sob pena de embaralhamento de antagônicos regimes jurídicos de um só e mesmo instituto ou figura de direito." (RE 596.152, Rel. p/o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 13-10-2011, Plenário, DJE de 13-2-2012, com repercussão geral.) No mesmo sentido: HC 101.511, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-2-2010, Segunda Turma, DJE de 21-5-2010; HC 96.149, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-12-2008, Segunda Turma, DJE de 11-9-2009; HC 95.435, Rel. p/o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 7-10-2008, Segunda Turma, DJE de 7-11-2008. Em sentido contrário: HC 94.560, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-9-2010, Segunda Turma, DJE de 1º-10-2010; RHC 94.802, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 10-2-2009, Primeira Turma, DJE de 20-3-2009. Vide: HC 107.583, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 17-4-2012, Primeira Turma, DJE de 1º-6-2012." (grifo nosso)

Tomemos como precedente de retroação de norma mais benéfica o entendimento do STF sobre o efeito das normas que extinguem a punibilidade dos crimes tributários, com o pagamento do crédito tributário, antes da denúncia.¹¹⁵ Entendeu a Corte Constitucional que o pagamento integral de um débito tributário, a qualquer tempo, em quaisquer condições, tem o condão de extinguir a punibilidade do agente.¹¹⁶

Ainda que se entenda que a Lei de Repatriação constitui um microssistema jurídico autônomo e que, portanto, não haveria repercussão legal fora do ambiente da norma, a descriminalização tem efeito “*intralegal*”¹¹⁷. Com efeito, a Lei 13.254/2016 estabelece que a extinção da punibilidade prevista no §1º do art. 5º se aplica ao agente principal que aderir ao programa de regularização e à interposta pessoa em nome de quem estão os recursos a serem regularizados¹¹⁸. Não há na Lei de Repatriação a extinção de punibilidade aos que concorreram de qualquer outra forma para o cometimento do crime.

Levando-se em consideração a retroação da lei mais benéfica, se houve descriminalização da conduta, todos os que concorreram para o crime são alcançados e não apenas o agente principal que aderir ao programa de regularização e a interposta pessoa. No caso do crime de sonegação fiscal (Lei 4.729/1965) a Lei de Repatriação só extingue a punibilidade dos agentes principais do crime e não alcança o servidor público,

¹¹⁵ Sobre o tema confira-se o artigo de Cícero Marcos Lima Lana, intitulado "CRIMES TRIBUTÁRIOS - Lei 12.382 alterou extinção e suspensão de punibilidade", disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-25/cicero-lana-lei-12382-alterou-extincao-punibilidade-crime-tributario>

¹¹⁶ “*AÇÃO PENAL. CRIME TRIBUTÁRIO. PAGAMENTO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DECRETAÇÃO. HC CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA TAL EFEITO. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 9º DA LEI FEDERAL 10.684/03, CC. ART. 5º, XL, DA CF E ART. 61 DO CPP. O PAGAMENTO DO TRIBUTO, A QUALQUER TEMPO, AINDA QUE APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, EXTINGUE A PUNIBILIDADE DO CRIME TRIBUTÁRIO.*” (HC nº 81.929-0, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 27/2/2004). Voto: *É de recordar que, na época – 1998 – os efeitos penais do pagamento do tributo estavam regidos pelo disposto no art. 34 da Lei 9249/95, que previa a extinção da punibilidade mediante o pagamento, só quando este fosse realizado até o recebimento da denúncia. Daí, não terem postulado os impetrantes desde logo a extinção da punibilidade, por falecer-lhe tal direito ao paciente, ao tempo da impetração. Ocorre que, em 30 de maio do presente ano, veio a lume a Lei 10.684, a qual, no art. 9º deu nova disciplina aos efeitos penais (do parcelamento e) do pagamento do tributo, nos casos dos crimes descritos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal: (...) A nova disciplina, evidentemente mais benéfica ao réu, retroage para alcançar o presente caso (art. 5º, XL, da Constituição Federal), impondo à Corte o dever de outorgar de ofício, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal: (...) Por tais razões, concedo habeas corpus de ofício, para declarar extinta a punibilidade do crime imputado ao paciente, em virtude do pagamento do tributo e acessórios na forma prevista pelo art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/03.*” (grifos do original)

¹¹⁷ “*Within the law*” – dentro da lei.

¹¹⁸ Lei 13.254/2016: “Art. 4º. (...) § 5º A regularização de ativos mantidos em nome de interposta pessoa estenderá a ela a extinção de punibilidade prevista no § 1º do art. 5º, nas condições previstas no referido artigo.”

com atribuições de verificação, lançamento ou fiscalização de tributos, que concorrer para a prática do delito, bem como as autoridades administrativas que tiverem conhecimento do crime e que não remeteram ao Ministério Público os elementos comprobatórios da infração, para instrução do procedimento criminal cabível.¹¹⁹ Num efeito “*intralegal*” se se entende que houve descriminalização todos serão beneficiados, o agente principal da sonegação, eventual interposta pessoa e o servidor do fisco que concorrer para a prática do delito.

4. Da possibilidade dos que foram condenados, sem trânsito em julgado, aderirem ao programa de regularização.

Outro equívoco da Lei de Repatriação é proibir os condenados em ação penal, sem trânsito em julgado, de aderir ao programa de regularização.¹²⁰ A Constituição prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória¹²¹. Ao estabelecer uma regra penal mais benigna e oferecer a possibilidade de extinção da punibilidade, ou de descriminalização da conduta, a Lei de Repatriação não pode impedir os agentes condenados, ainda que com trânsito em julgado, adiram ao programa de regularização.

5. Da inconstitucionalidade da Lei de Repatriação.

A Lei de Repatriação é inconstitucional pela ausência de razoabilidade e proporcionalidade oriundos dos erros graves contidos na norma. O Legislador excedeu seu poder de legislar e violou princípios constitucionais fundamentais, entre eles o do devido processo legal¹²², ao não observar que abriu a possibilidade de regularizar recursos destinados ao financiamento do terrorismo e aqueles possivelmente oriundos de

¹¹⁹ Lei 4.729/1965: “Art. 1º. (...) § 3º O funcionário público com atribuições de verificação, lançamento ou fiscalização de tributos, que concorrer para a prática do crime de sonegação fiscal, será punido com a pena deste artigo aumentada da terça parte, com a abertura obrigatória do competente processo administrativo. (...) Art. 6º. Quando se trata de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta Lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal. Art. 7º. As autoridades administrativas que tiverem conhecimento de crime previsto nesta Lei, inclusive em autos e papéis que conhecerem, sob pena de responsabilidade, remeterão ao Ministério Público os elementos comprobatórios da infração, para instrução do procedimento criminal cabível.”

¹²⁰ Lei 13.254/2016: “Art. 1º (...) § 5º Esta Lei não se aplica aos sujeitos que tiverem sido condenados em ação penal: I - (VETADO); e II - cujo objeto seja um dos crimes listados no §1º do art. 5º, ainda que se refira aos recursos, bens ou direitos a serem regularizados pelo RERCT.” (grifo nosso)

¹²¹ Constituição Federal: art. 5º, LVII.

¹²² Constituição Federal: art. 5º, LIV.

organizações criminosas dedicadas à falsificação de cartões de crédito e débito, bem como diante da possibilidade de produzir efeitos descriminalizantes indesejados.

O Supremo Tribunal Federal e a doutrina já assentaram que se a norma for desproporcional ou irrazoável há excesso e/ou arbítrio do poder de legislar que ofende o princípio do *substantive due process of law*. Conforme o STF, o respeito ao princípio da proporcionalidade é essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais.¹²³

O Ministro Gilmar Mendes, ao escrever sobre a matéria, afirma que o vício de inconstitucionalidade substancial, decorrente do excesso de poder legislativo, constitui um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. "*Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (Geeignetheit) e a necessidade (Erforderlichkeit) do ato legislativo.*" Afirma, ainda, o Ministro que o excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou na esfera de liberdade de conformação do legislador.¹²⁴

Conclusão

A Lei 13.254/2016 tem um forte conteúdo penal, muito embora contenha matéria administrativo-tributária. A norma está impregnada de conteúdo penal ao prever, inclusive, a extinção de punibilidade de crimes¹²⁵ e justamente por este viés deve ser examinada.

¹²³ "A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, ajusta-se ao princípio do devido processo legal, analisado na perspectiva de sua projeção material (*substantive due process of law*). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador." (ADIn 1.407-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

¹²⁴ MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>

¹²⁵ Lei 13.254/2016: "Art. 1º (...) § 5º Esta Lei não se aplica aos sujeitos que tiverem sido **condenados em ação penal**: (...); II - cujo objeto seja **um dos crimes listados** no § 1º do art. 5º, ainda que se refira aos recursos, bens ou direitos a serem regularizados pelo RERCT. (...) Art. 4º (...). § 12. A declaração de regularização de que trata o caput não poderá ser, por qualquer modo, utilizada: I - como único indício ou elemento para efeitos de **expediente investigatório ou procedimento criminal**; (...) Art. 5º (...). § 1º O cumprimento das condições previstas no caput **antes de decisão criminal**, em relação aos

Errou a Lei de Repatriação ao permitir a regularização de recursos destinados a financiar o terrorismo, especialmente nesse momento de escalada mundial do terror.

Errou também a Lei 13.254/2016 ao considerar como de origem lícita recursos oriundos dos crimes que relaciona no §1º do art. 5º e, com isto, permitir a regularização do produto e o proveito do crime de clonagem de cartões de crédito e de débito, que hoje aflige tanto a sociedade.

A Lei de Repatriação descarta a coerência e das possíveis repercussões legais e padece da maldição que assola as leis feitas às pressas e sem a devida análise de impacto legislativo.

O Poder Executivo deveria reconhecer que se equivocou e revogar a regulamentação da Lei de Repatriação que, a partir de 4/4/2016, abriu o prazo para a regularização e propor uma nova legislação escoimada dos problemas apontados.

*bens a serem regularizados, **extinguirá a punibilidade dos crimes** previstos: I - no art. 1º e nos incisos I, II e V do art. 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990; II - na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965; III - no art. 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - nos seguintes arts. do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando exaurida sua potencialidade lesiva com a prática dos crimes previstos nos incisos I a III: a) 297; b) 298; c) 299; d) 304; V - (VETADO); VI - no caput e no parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986; VII - no art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, quando o objeto do crime for bem, direito ou valor proveniente, direta ou indiretamente, dos crimes previstos nos incisos I a VI; (...). § 2º **A extinção da punibilidade** a que se refere o § 1º: (...); II - somente ocorrerá se o cumprimento das condições se der antes do trânsito em julgado da decisão criminal condenatória; (...) § 5º Na hipótese dos incisos V e VI do § 1º, **a extinção da punibilidade** será restrita aos casos em que os recursos utilizados na operação de câmbio não autorizada, as divisas ou moedas saídas do País sem autorização legal ou os depósitos mantidos no exterior e não declarados à repartição federal competente possuírem origem lícita ou forem provenientes, direta ou indiretamente, de quaisquer dos crimes previstos nos incisos I, II, III, VII ou VIII do § 1º.” (grifo nosso)*