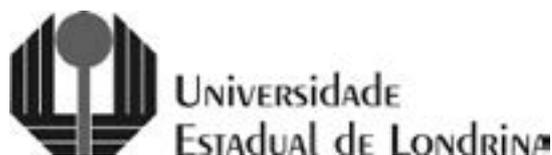




UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do
DIREITO PÚBLICO



REITOR

Prof.^o. Dr.^o. Sérgio Carlos de Carvalho

VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfier

Diretora de Pós-Graduação: Prof.^a. Silvia Marcia Ferreira Meletti

Diretor de Pesquisa: Prof. Arthur Eumann Mesas

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

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

Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros

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

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

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

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

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

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina.
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito
Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. –
Londrina: UEL, 2020-.v.3 ; 29 cm.

Quadrimestral.

Descrição baseada em: v. 15, n.3, set./dez. (2020).

ISSN: 1980-511X (online).

1. Direito Público – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina.

Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público.

Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.

CDU 342

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

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

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



Revista do
DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980551-X

MESTRADO EM DIREITO
NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



ISSN 1980-511X (eletrônico)
Revista do Direito Público da UEL
Volume 15, número 3, dez. 2020

EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS

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

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

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

PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS

Adegmar José Ferreira	Goiás
Adriana Campos	Minas Gerais
Alexis Couto de Brito	São Paulo
Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha	Rio de Janeiro
Carlos Mauricio Lociks de Araújo	Distrito Federal
Daiane Moura de Aguiar	São Paulo
Diego Werneck Arguelhes	São Paulo
Eloy Pereira Lemos Junior	Minas Gerais
Flávio Couto Bernardes	Minas Gerais
Henrique Viana Pereira	Minas Gerais
Jesualdo Eduardo de Almeida Junior	São Paulo
João Francisco de Azevedo Barretto	Mato Grosso do Sul
João Porto Silvério Junior	Goiás
José Eduardo Lourenço dos Santos	São Paulo
Juliane Caravieri Martins	Minas Gerais
Loreci Gottschalk Nolasco	Mato Grosso do Sul
Marcelo Negri Soares	Rio de Janeiro
Monica Paraguassu Correia da Silva	Rio de Janeiro
Nelson Finotti Silva	São Paulo
Rogério Montai de Lima	Rondônia
Ronaldo Lindimar José Marton	Distrito Federal
Sebastião Borges de Albuquerque Mello	Bahia
Silvio Carlos Alvares	São Paulo
Thais Bernardes Maganhini	Rondônia
Thami Covatti Piaia	Rio Grande do Sul

ASSESSORIA TÉCNICA
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

Alana Tiosso, Amanda Machado Sorgi, Bruna Faria, Gabriela Amorim Paviani, Laudicena Ribeiro, Natali Silvana Zwaretch, Luiz Gustavo Campana Martins, Mylena de Souza Santos, Raíssa Fabris de Souza e Vítor Gabriel Garnica

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
A VIOLAÇÃO DO DIREITO À MATERNIDADE EM FACE DA PRECARIÉDADE DO SISTEMA PRISIONAL FEMININO BRASILEIRO	10
THE VIOLATION OF THE RIGHT TO MATERNITY CARE IN BRAZIL'S PRECARIOUS WOMEN'S PRISON SYSTEM	
<i>Lillian Zucolote Oliveira e Lourival José Oliveira</i>	
A ADOÇÃO EXPLÍCITA DO COMPLIANCE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA.....	30
EXPLICIT ADOPTION OF COMPLIANCE BY THE DIRECT PUBLIC ADMINISTRATION	
<i>Daniel Paulo Paiva Freitas e Luiz Alberto Blanchet</i>	
EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL: NOVAS TECNOLOGIAS E OS RISCOS AMBIENTAIS	48
IN SEARCH OF THE EFFECTIVENESS OF ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONAL LAW: NEW TECHNOLOGIES AND ENVIRONMENTAL RISKS	
<i>Patrícia Maino Wartha e Haide Maria Hupffer</i>	
TRIBUTAÇÃO E PROPRIEDADE: UMA ALTERNATIVA AO ADMIRÁVEL MUNDO NOVO	71
TAXATION AND PROPERTY: AN ALTERNATIVE TO THE BRAVE NEW WORLD	
<i>André Felipe Canuto Coelho e Bruna Estima Borba</i>	
LIMITE DE GASTOS E PLANO NACIONAL DA EDUCAÇÃO: A RELAÇÃO INDISSOCIÁVEL PARA OS RUMOS DA EDUCAÇÃO	87
SPENDING LIMITS AND BRAZIL'S EDUCATION PLAN: THEIR INDISSOCIABLE RELATION IN EDUCATIONAL PATHS	
<i>Fulvia Helena De Gioia e Carolina de Gioia Paoli</i>	
RAZÃO PENAL E GARANTISMO NO PROCESSO DECISÓRIO DA MODERNIDADE CRIMINAL.....	107
CRIMINAL REASONING AND GUARANTEES IN THE DECISION-MAKING PROCESS OF CRIMINAL MODERNITY	
<i>Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza e José Ailton Garcia</i>	
O ESTADO COMO EMPRESÁRIO DE OURO: UMA QUESTÃO DE SOBERANIA NACIONAL E DE RELEVANTE INTERESSE COLETIVO	127
THE STATE AS A GOLD ENTERPRISE: A QUESTION OF NATIONAL SOVEREIGNTY AND OF RELEVANT COLLECTIVE INTEREST	
<i>Cláudio Luiz Gonçalves Souza e Giovani Clark</i>	
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE NORMATIVO NA DEFESA DO PACTO FEDERATIVO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	142
CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND NORMATIVE CONTROL IN DEFENSE OF THE FEDERATIVE PACT IN BRAZIL'S CONSTITUTION OF 1988	
<i>Elisio Augusto Velloso Bastos e Joseane do Socorro de Sousa Amador</i>	

**DIREITO À MORADIA E A LEI DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA (LEI N.º 13.465/2017):
UM ESTUDO SOBRE O INSTITUTO DE LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA162**
RIGHT TO HOUSEHOLD AND THE URBAN LAND REGULARIZATION LAW (LAW N.º
13.465/2017): A STUDY ON THE INSTITUTE OF LAND LEGITIMATION

Gabriel Moraes Outeiro e Daniella Maria dos Santos Dias e Durbens Martins Nascimento

**O FEDERALISMO SANITÁRIO BRASILEIRO: ANÁLISE DA AUTONOMIA DO ENTE
MUNICIPAL E A REPERCUSSÃO PARA O DIREITO SANITÁRIO180**
BRAZILIAN SANITARY FEDERALISM: ANALYSIS OF THE MUNICIPAL ENTITY AND THE
IMPACT ON HEALTH LAW

Edith Maria Barbosa Ramos e Paulo Roberto Barbosa Ramos e Fernanda Dayane dos Santos Queiroz

**A INSUSTENTABILIDADE DO DELITO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO202**
THE UNSUSTAINABILITY OF SETTING UP BROTHELS IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Renato Kramer da Fonseca Calixto e Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira

**A ILEGALIDADE E A IMPROBIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS NA EXECUÇÃO
DE POLÍTICAS PÚBLICAS221**
ILLEGALITY AND IMPROBITY OF ADMINISTRATIVE ACTS IN THE PUBLIC POLICIES

Fabiana de Paula Lima Isaac Mattaraia e Juvêncio Borges Silva e Luiz Eugênio Scarpino Junior

RESENHAS.....238

**FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E CONSTITUCIONAIS DO
DIREITO AMBIENTAL.....238**
RAPHAEL DE ABREU SENNA CARONTI

ESTADO E FORMA POLÍTICA240
VITOR GABRIEL GARNICA

EDITORIAL

Apresentamos a edição de dezembro de 2020 (v. 15, n. 3) da Revista do Direito Público. A partir deste número, considerando a qualidade das pesquisas apresentadas à Revista nos últimos meses, ampliamos a quantidade de artigos publicados de 10 para 12 trabalhos.

Entre os textos, encontram-se artigos elaborados por autores de nosso estado, Paraná, e de todo o Brasil, com temas relacionados ao Direito Penal, Direito Administrativo, Direito Financeiro, Direito Ambiental e Urbanístico, Direito Tributário e Direito Constitucional.

Em relação ao Direito Penal, o trabalho “Razão penal e garantismo no processo decisório da modernidade criminal” discorre sobre o Direito Penal no contexto da modernidade e no contexto constitucional do Direito Penal garantista. Outro trabalho que também se vincula ao Direito Penal é o artigo “A insustentabilidade do delito de casa de prostituição no Direito Penal brasileiro”, pesquisa que se dedica à análise da insustentabilidade da permanência do delito de casa de prostituição previsto no artigo 229 do Código Penal brasileiro a partir do estudo do bem jurídico e das teorias da pena.

Também atinente ao Direito Penal, a pesquisa “A violação do direito à maternidade em face da precariedade do sistema prisional feminino brasileiro” tematiza as violações do direito à maternidade no sistema prisional brasileiro, a partir das condições do encarceramento feminino, do amparo legal aplicável a mulheres e crianças no meio prisional e das consequências do encarceramento dos filhos junto às mães ou, ainda, causadas pela separação forçada entre eles.

Na área do Direito Administrativo, o artigo “A adoção explícita do Compliance pela Administração Pública Direta”, propõe a aplicação de práticas de conformidade e integridade, que constituem o compliance, pela Administração Pública, a fim de prevenir, detectar e sanar situações de ilegalidade em condutas administrativas. Por sua vez, o trabalho “A ilegalidade e a improbidade de atos administrativos na execução de políticas públicas”, partindo da previsão de direitos sociais constitucionais e da Lei de Improbidade Administrativa, debruça-se sobre exemplos jurisprudenciais do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunais Estaduais na caracterização de improbidade em casos de inefetiva implementação dos direitos sociais por meio das políticas públicas.

Ainda na temática do Direito Administrativo, o texto “O Estado como empresário de ouro: Uma questão de soberania nacional e de relevante interesse coletivo” investiga a possibilidade constitucional da intervenção estatal, ouro como empresário e justificado por relevante interesse coletivo, no domínio econômico na mineração do ouro, a fim de utilizar esse minério como reserva cambial e forma estatal de pagamento internacional.

O artigo “O federalismo sanitário brasileiro: Análise da autonomia do ente municipal e a repercussão para o Direito Sanitário” alia Direito

Administrativo e Direito Sanitário ao focar a efetivação do direito à saúde pelo Estado e a distribuição das competências entre os entes da Federação, em especial dos recursos direcionados aos municípios.

No estudo do Direito Tributário, a pesquisa “Tributação e propriedade: Uma alternativa ao admirável mundo novo” apresenta como alternativa para o fundamento da legitimidade da tributação a visão da propriedade privada como a propriedade pós-tributária. Explorando o Direito Financeiro, o artigo “Limite de gastos e plano nacional da educação: A relação indissociável para os rumos da educação” propõe uma análise sobre o impacto da limitação das despesas públicas (a partir da Emenda Constitucional 95/16) na destinação de recursos para a Educação e no cumprimento do Plano Nacional de Educação.

Com pauta no Direito Constitucional, em “Jurisdição constitucional e controle normativo na defesa do pacto federativo na Constituição Brasileira de 1988”, é analisado o controle de constitucionalidade como instrumento de resguardo do pacto federativo e do funcionamento do Estado na forma da Constituição.

No âmbito do Direito Ambiental, o trabalho “Em busca da efetivação do Direito Constitucional Ambiental: Novas tecnologias e os riscos ambientais”, propõe a análise da ação humana nos ecossistemas a partir do necessário diálogo entre ciência, Direito e tecnologia, de modo que sejam reguladas decisões sobre dano e risco ambiental em relação às novas tecnologias.

Em relação ao Direito Urbanístico, o texto “Direito à moradia e a Lei de Regularização Fundiária (Lei n.º 13.465/2017): Um estudo sobre o instituto de legitimação fundiária”, no contexto de aumento dos assentamentos informais, apresenta análise dos avanços e retrocessos da Lei n.º 13.465/2017 e do instituto jurídico de regularização fundiária como forma de assegurar o direito social constitucional à moradia, de combater a precariedade de moradia no País e de construir espaços urbanos mais inclusivos.

Nesta edição, a revista conta ainda com duas resenhas, que analisam as obras “Fundamentos filosóficos e constitucionais do Direito Ambiental”, de Beatriz Souza Costa, Émilien Vilas Boas Reis e Márcio Luís de Oliveira e “Estado e Forma Política”, de Alysson Leandro Mascaro.

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

Um feliz natal e um bom ano novo a todos,

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Dezembro de 2020

**A VIOLAÇÃO DO DIREITO À MATERNIDADE EM FACE
DA PRECARIIDADE DO SISTEMA PRISIONAL FEMININO
BRASILEIRO**

THE VIOLATION OF THE RIGHT TO MATERNITY CARE IN
BRAZIL'S PRECARIOUS WOMEN'S PRISON SYSTEM

Lillian Zucolote Oliveira*
Lourival José Oliveira**

* Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Aluna especial do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pela PUC-PR. Pós graduanda em Direito Extrajudicial pela Faculdade Legale. E-mail: lillian.oliveira20@outlook.com

** Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC-SP). Docente dos Programas de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília. Docente do Curso de Graduação em Direito da UEL.

Como citar: OLIVEIRA, Lillian Zucolote; OLIVEIRA, Lourival José. A violação do direito à maternidade em face da precariedade do sistema prisional feminino brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 10-29, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 10. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente trabalho tem como escopo analisar as violações do direito à maternidade no sistema prisional brasileiro, bem como abordar acerca do amparo legal e o recente entendimento jurisprudencial acerca do referido tema. Para tanto, partiu-se da análise acerca das condições do encarceramento feminino, do perfil das mulheres presas, dos institutos nacionais e internacionais aplicáveis a mulheres e crianças em meio prisional, dos efeitos contrastantes entre o encarceramento masculino e feminino, bem como das consequências causadas pelo encarceramento de crianças junto às mães ou pela sua separação abrupta. Para isso, utilizou-se do método dedutivo, com pesquisas bibliográficas, estudo de documentos e análise do *habeas corpus* n. 143541 do Supremo Tribunal Federal. No decorrer do trabalho, constatou-se que tanto o encarceramento de crianças junto às mães quanto sua separação acarretam consequências gravíssimas para ambas, razão pela qual se concluiu que a principal forma de garantir condições dignas para o exercício da maternidade no meio prisional é por meio da adoção de medidas desencarceradoras.

Palavras-chave: Encarceramento feminino. Maternidade no cárcere. Prisão domiciliar. Sistema prisional.

Abstract: This study examines violations of the right to maternity care in Brazil's women's prison system, as well as discusses legal protections and recent jurisprudential understandings. For this purpose, this paper analyzes female incarceration conditions, the profile of the women arrested, the national and international

institutes applicable to women and children in prison, the contrasting effects between male and female incarceration, as well as the consequences related to the imprisonment of children with their mothers or their abrupt separation. Furthermore, the deductive method was used, with bibliographical research, study of documents and analysis of habeas corpus n. 143541 of the Federal Supreme Court. In the course of the work, this paper found out that both the imprisonment of children with their mothers and their separation have very serious consequences for both of them, which is why this paper concludes that the main way to ensure decent conditions for proper maternity care in prison is with the adoption of extrication measures.

Keywords: Women's Incarceration. Maternity care in prison. House arrest. Prison System.

INTRODUÇÃO

O Brasil representa o quarto país com a maior população prisional do mundo composto, em junho de 2016, por 726.712 pessoas privadas de liberdade. No entanto, em relação à taxa de aprisionamento feminino, o Brasil figura na terceira posição (SANTOS, 2018, p. 11-13).

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciária (SANTOS, 2018), a população prisional feminina brasileira atingiu a marca, em junho de 2016, de 42 mil mulheres privadas de liberdade o que representa um aumento de 656%, entre os anos de 2000 e 2016, enquanto que o crescimento do encarceramento masculino sofreu, no mesmo período, um incremento de 293% (SANTOS, 2018, p. 13-15).

Assim, o aumento da população encarcerada feminina revela a necessidade de estudos que levem em conta a perspectiva de gênero no ambiente prisional, de forma que o objetivo da pesquisa é analisar as condições do encarceramento feminino, especialmente em relação ao exercício da maternidade no meio prisional.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, com pesquisas bibliográficas, estudo de documentos e análise do *habeas corpus* coletivo julgado pelo STF.

Com este trabalho, espera-se que os operadores do direito e demais cidadãos se conscientizem acerca das especificidades do encarceramento feminino e os seus impactos sociais visando, assim, um crescimento dos estudos que levem em conta a perspectiva de gênero no ambiente prisional.

1 DO ENCARCERAMENTO FEMININO E DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Historicamente, os homens representam a imensa maioria das pessoas privadas de liberdade, contudo, nos últimos anos, observou-se uma significativa alteração na proporção de pessoas presas uma vez que o encarceramento feminino aumentou drasticamente.

O expressivo aumento da população carcerária feminina nos últimos anos evidenciou o despreparo do sistema penitenciário em relação às singularidades femininas e as precárias condições das prisões, o que acarreta violação de inúmeros direitos.

De modo geral, o sistema prisional não tem a capacidade de atender as peculiaridades das mulheres em situação de prisão, uma vez que não só foi idealizado e construído sobre a perspectiva masculina, como também dedicado aos homens infratores (OSÓRIO; ALBUQUERQUE; GOULART, 2017).

Atenta a essa conjuntura, Rampin (2011, p. 30) ressalta que a adoção do paradigma masculino como absoluto para elaboração do sistema carcerário acarreta a violação da cidadania e dignidade das mulheres presas e contribui para o aumento do processo de invisibilização feminina.

O relatório elaborado pelo Infopen torna evidente esse processo ao constatar que a maior parte dos estabelecimentos penais que abrigam mulheres criminosas são espaços mistos onde

convivem homens e mulheres na mesma unidade, de modo que apenas 7% das unidades prisionais destinam-se exclusivamente ao público feminino, em contrapartida aos 16% dos estabelecimentos mistos (SANTOS, 2018, p. 22).

Os estabelecimentos mistos configuram-se, na realidade, em presídios masculinos improvisados para agregar mulheres. Isso porque foram originalmente arquitetados e projetados para o público masculino sendo posteriormente adaptados para a custódia de mulheres, de modo que são incapazes de atender às demandas e necessidades femininas, tais como locais apropriados para presas grávidas, o aleitamento materno, espaços para os filhos das presas, equipes multidisciplinares de atenção à saúde da mulher, entre outros (BRASIL, 2017, p. 22-23; HELPES, 2014, p. 72-73).

Nesse contexto, verifica-se que “a condição da mulher presidiária é ainda mais perversa do que a do homem na mesma situação”. Isso porque as mulheres infratoras sempre foram duplamente punidas e culpabilizadas, uma vez que além de transgredir a norma penal, praticam uma conduta incoerente com o seu papel de mulher, mãe e esposa (HELPES, 2014, p. 74).

O encarceramento feminino busca, sob o pretexto ressocializador, a purgação dos pecados cometidos de modo que, não apenas sanciona e aponta a mulher como criminosa, mas também a rotula como “fracassada”, “má mãe” e “puta”.

Nesse sentido, importantes são as palavras de Osório, Albuquerque e Goulart (2017):

Imperioso enfatizar que o caráter moralizante que carrega a pena imposta às mulheres dialoga muito com a denegação de direitos fundamentais e autonomias básicas, tal qual o desrespeito à sua sexualidade, a falta de infraestrutura necessária para questões conexas à gestação e à maternidade, a invisibilização das necessidades femininas e a insalubridade a que são submetidas no âmbito do cárcere.

Um evidente exemplo acerca do caráter moralizante da pena imposta às mulheres é o instituto da visita íntima. Isso porque enquanto os homens exerciam o direito à visita íntima desde 1984, essa só foi regulamentada para as mulheres em 1999 através da Resolução 1/99 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (OSÓRIO; ALBUQUERQUE; GOULART, 2017).

No entanto, ainda que formalmente garantido, referido direito encontra limitações determinadas pela infraestrutura dos estabelecimentos penais, sendo que, em relação às unidades femininas, apenas 41% dos estabelecimentos contam com espaços apropriados para realização da visita íntima, ao passo que nos estabelecimentos mistos o número cai para 34% das unidades (SANTOS, 2018, p. 26).

Segundo Fernanda Osório, Laura Albuquerque e Dominique Goulart (2017), as visitas íntimas representam tanto a consolidação de um direito voltado ao exercício de uma necessidade natural, quanto o resgate da privacidade das mulheres encarceradas.

Em relação ao direito à visita social, garantido no artigo 41, inciso X, da Lei de Execuções Penais, verifica-se que os estabelecimentos prisionais devem contar com ambientes apropriados para a realização das visitas, distintos do pátio e das celas. Ocorre, no entanto, que apenas metade das unidades femininas contam com infraestrutura adequada ao recebimento das visitas, sendo

que, no caso das penitenciárias mistas, apenas 3 em cada 10 estabelecimentos contam com espaços nessas condições (SANTOS, 2018, p. 24).

Ainda nesse sentido, o relatório constatou que, ao longo do primeiro semestre de 2016, os presídios masculinos receberam, em média, 7,8 visitas por pessoa, em contrapartida nos estabelecimentos femininos e mistos a média foi de 5,9 por pessoa presa (SANTOS, 2018, p. 27).

Acerca do abandono no cárcere, Dráuzio Varella (2017, p. 38-39) relata que:

De todos os tormentos do cárcere, o abandono é o que mais aflige as detentas. Cumprem suas penas esquecidas pelos familiares, amigos, maridos, namorados e até pelos filhos. A sociedade é capaz de encarar com alguma complacência a prisão de um parente homem, mas a da mulher envergonha a família inteira. Enquanto estiver preso, o homem contará com a visita de uma mulher, seja a mãe, esposa, namorada, prima ou a vizinha, esteja ele num presídio de São Paulo ou a centenas de quilômetros. A mulher é esquecida. [...] Isolar a mulher na cadeia por anos consecutivos causa distúrbios de comportamento, transtornos psiquiátricos e dificulta a ressocialização.

Outrossim, a prática tem demonstrado outros problemas do sistema penitenciário, das quais se destacam a insuficiência de vagas nos presídios e a inadequação destas em abrigar dignamente o ser humano (RAMPIN, 2011, p. 30).

Segundo o relatório do Infopen (SANTOS, 2018, p. 11-36), a taxa de ocupação no sistema prisional brasileiro, em junho de 2016, é de 156,7%, representando, assim, um déficit de 15.326 vagas somente para as mulheres. Em termos práticos, isso significa que os estabelecimentos femininos abrigam inapropriadamente 16 mulheres em um espaço destinado a apenas 10, sendo que em relação aos estabelecimentos mistos a taxa de ocupação é ainda maior contando com 25 pessoas custodias no espaço destinado a 10 pessoas.

Soma-se a esse cenário, a violação sistemática do direito fundamental à presunção da inocência, haja vista que, na prática, prevalece a punição antecipada. Isso porque cerca de 45% da população prisional feminina brasileira ainda não haviam sido julgadas ou condenadas, em junho de 2016. Os Estados que apresentam o maior número de presas sem condenação são o Amazonas, Sergipe, Ceará, Bahia Pará e Piauí, no qual pelo menos 6 de cada 10 presas ainda não foram julgadas (SANTOS, 2018, p. 19-21).

Nesse cenário, a atuação efetiva de defensores se mostra imprescindível não só durante a fase investigatória a fim de evitar abusos de direito ou prisões ilegais, mas também após a sentença condenatória, de modo a garantir a fruição de benefícios como a progressão de regime ou remissão da pena (SANTOS; VITTO, 2014, p. 67).

No entanto, conforme dados do Infopen (SANTOS, 2018, p. 57), apenas 1% do total de profissionais alocados nas unidades prisionais é composta por assistentes sociais e advogados.

No que tange às necessidades ligadas à gestação e maternidade no ambiente carcerário, nota-se que o Estado também se mostra omissivo e negligente perante as mulheres encarceradas

(OSÓRIO; ALBUQUERQUE; GOULART, 2017).

Segundo o relatório do Infopen (SANTOS, 2018, p. 29-31), apenas 55 dos estabelecimentos prisionais de todo o país, ou seja, 16% das unidades prisionais, apresentam espaços adequados para custodiar gestantes. Nesse sentido, das 1.086 mulheres gestantes e lactantes em privação de liberdade em junho de 2016, apenas metade delas encontram-se custodiada em unidades com ambientes adequados para recebê-las.

Em relação às unidades prisionais que contam com espaço adequado para que a mulher em situação de privação de liberdade permaneça com seus filhos, o relatório demonstra que apenas 14% dos estabelecimentos contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil para bebês com até dois anos de idade. No que tange aos estabelecimentos prisionais com creches destinadas a bebês com mais de dois anos de idade, os números são ainda mais preocupantes correspondendo a apenas 3% das unidades prisionais (SANTOS, 2018, p. 32-33).

Apesar de o Brasil ser signatário de diversos tratados internacionais que tratam acerca dos direitos humanos e direito das mulheres presas, esse permanece inerte frente as violações as quais são submetidas as mulheres encarceradas. Além das questões estruturais e socioculturais são fatores que contribuem para abandono e geram ainda mais sofrimentos:

[...] a burocracia desnecessária e desigual que engloba a visita íntima; a falta de infraestrutura quanto à maternidade; os aspectos inerentes às condições da visita, com realizações de revistas vexatórias; a não observação da necessária proximidade da residência e do local de cumprimento de pena; a negligência do Estado com a prole da mulher presa, cujos cuidados ficam incertos com o afastamento abrupto da mãe; entre outros fatores [...] (OSÓRIO; ALBUQUERQUE; GOULART, 2017).

No que se refere à saúde da mulher encarcerada, vislumbra-se o artigo 3º da Lei de Execuções Penais, o qual garante às pessoas privadas de liberdade todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória ou pela lei, entre eles o direito à saúde. Referida lei estabelece, ainda, que todas as unidades prisionais estejam equipadas para o oferecimento de atenção básica de saúde a todos os encarcerados. Ocorre, no entanto, que em estados como Acre e Rio de Janeiro mais de 70% das mulheres se encontram em estabelecimentos que não contam com estrutura prevista no módulo de saúde (SANTOS, 2018, p. 59-61).

O relatório *MulhereSemPrisão*, organizado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, constatou, a partir do estudo de processos judiciais e entrevistas com mulheres encarceradas que, de modo geral, as mulheres tinham uma vida saudável, mas que os problemas de saúde começaram juntamente com o encarceramento (ITTC, 2017, p. 65).

A negligência em relação à saúde da mulher encarcerada reforça a tese “de que o sistema prisional brasileiro possui um forte apelo de gênero que o impede de atender às especificidades do universo feminino, e, mais, contribui para um sem-número de violações dos direitos humanos e fundamentais” (RAMPIN, 2011, p. 38).

Dráuzio Varella (2017, p. 13), em sua obra *Prisioneiras*, relata sua experiência como médico na penitenciária feminina de São Paulo. A partir de sua narrativa é possível dimensionar as distinções entre as demandas femininas e masculinas:

Os problemas de saúde eram muito diferentes daqueles que eu havia enfrentado nas prisões masculinas. Em vez das feridas mal cicatrizadas, sarna, furúnculos, tuberculose, micoses e as infecções respiratórias dos homens, elas se queixavam de cefaleia, dores na coluna, depressão, crises de pânico, afecções ginecológicas, acne, obesidade, irregularidades menstruais, hipertensão arterial, diabetes, suspeita de gravidez. Afastado da ginecologia desde os tempos de estudante, eu não estava à altura daquelas necessidades.

Evidente, portanto, a precariedade do sistema carcerário a partir da constatação da superlotação dos presídios, das instalações precárias e inadequadas, da falta de funcionários, do atendimento médico deficiente e assistência jurídica escassa, da ausência de oportunidades de estudo ou trabalho e dos danos psicológicos causados pelo abandono e opressão.

Ademais, é possível observar que o processo de encarceramento se configura, na realidade, como uma verdadeira criminalização da miséria, de forma que a prisão representa a principal forma de repressão das classes populares e de baixa renda constituindo, assim, uma população prisional representada por um “enorme grupo de excluídos considerados socialmente indesejáveis” (VENTURA; SIMAS, 2017, p. 342).

Tal aspecto se torna evidente a partir da constatação de que há um perfil claramente demarcado entre as mulheres selecionadas pelo sistema prisional o que evidencia a seletividade da justiça criminal que parece servir apenas para uma parcela da população.

Segundo dados oficiais do Instituto Terra Trabalho e Cidadania (2017, p. 53-71), a população prisional feminina é composta, em suma, por mulheres jovens, com baixa escolaridade, pretas e pardas, solteiras e mães, apreendidas por delitos relacionados ao tráfico de drogas ou crimes patrimoniais de baixos valores.

2 DOS DIREITOS DAS MULHERS ENCARCERADAS E SEUS FILHOS

Partindo-se desse cenário de violações, insta destacar que a aplicação da lei penal não acarreta perda dos demais direitos inerentes à pessoa humana, tais como os direitos da personalidade, direitos reprodutivos, direito à integridade física e psíquica, direito à maternidade e exercício da criação responsável.

Na realidade, durante o período em que o sujeito se encontra recluso cabe ao Estado a responsabilidade pelo cuidado e proteção da pessoa devendo adotar todas as medidas imprescindíveis ao desenvolvimento humano e à garantia dos direitos que se mantêm intocáveis pela sentença condenatória.

Numa sociedade democrática, o *ius puniendi* estatal, isto é, o poder/dever de punir

garantido exclusivamente ao Estado, se apresenta como uma “instância pública capaz de resolver o conflito criminal de forma pacífica e institucional” e encontra sua validade na própria Constituição Federal (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 359).

Ocorre, no entanto, que tal poder não é absoluto e sofre fortes limitações por inúmeros direitos e garantias fundamentais que convergem para o “princípio-síntese do Estado constitucional e democrático de direito, que é o da dignidade humana” (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 371).

Ademais, devem ser observados outros princípios com o intuito de garantir a dignidade dos apenados, tais como: a pessoalidade e individualização da pena, a proporcionalidade, a humanidade, o respeito à integridade física e psíquica, entre outros.

O princípio da pessoalidade da pena encontra-se substanciado no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal e vincula-se estritamente aos postulados da imputação subjetiva e da culpabilidade, uma vez que apenas aquele que cometeu o ilícito penal é que poderá ser responsabilizado (PRADO, 2015, p. 172).

Em complemento ao referido princípio, encontra-se o princípio da responsabilidade pessoal, o qual preceitua que “ninguém poderá ser responsabilizado por fatos de terceiros”. Sendo assim, a punição não poderá se estender para outros indivíduos que não o autor do delito, por mais próximos que sejam ou estejam do condenado (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 520; NUCCI, 2018, p.153).

As consequências da pena condenatória serão direcionadas unicamente às pessoas condenadas, de forma que nenhuma pena passará da pessoa do delincente. “Dessa forma, o filho não pode sofrer os efeitos da condenação da mãe mesmo que, por disposição de livre vontade desta, a criança seja inserida nos muros da prisão” (OLIVEIRA; SANTOS, 2016, p. 27).

Ademais, a conjugação dos princípios de individualidade e proporcionalidade da pena indicam a necessidade de estabelecimentos prisionais adequados à natureza do delito, à idade e ao sexo do apenado (CF, art. 5º, XLVIII), assim como garante aos encarcerados o respeito à sua integridade física e moral (CF, art. 5º, XLIX).

Sendo assim, o encarceramento da mulher grávida, lactante ou responsável pelos cuidados dos filhos menores deverá ser pautado no respeito às suas características específicas, sob pena de violação da sua integridade. Nesse sentido, José Sebastião de Oliveira e Diego Prezzi Santos (2016, p. 28) afirmam que:

Não se pode – num recém-inaugurado belvedere constitucional que prima pela Dignidade como seu valor central – pensar numa gestante ou mãe que necessita de cuidados especiais como se a mesma fosse idêntica a um homem condenado, pois isso criaria uma proteção insuficiente que deixa de exprimir fatores essenciais, como alimentação, higiene e segurança.

A Lei de Execuções Penais dispõe, em seu artigo 82, parágrafo 1º, acerca da obrigatoriedade de os estabelecimentos penais destinados às mulheres serem próprios e adequados às suas condições

pessoais. Nesse mesmo viés, o artigo 83, parágrafo 2º e artigo 89, da referida Lei, disciplinam acerca da necessidade de que tais estabelecimentos sejam dotados de berçários, creches e áreas específicas para gestantes e lactantes.

O princípio da humanidade é o postulado chefe do cumprimento da pena privativa de liberdade e consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana se exteriorizando, assim, como a verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal e da proteção à integridade (LUIZI, 2003, p. 46).

A proteção à integridade engloba fatores emocionais, psíquicos e físicos a fim de que seja tutelada a chamada integridade psicofísica. Tal proteção se mostra extremamente relevante ao tratar de gestantes e mães, haja vista que “não se trata apenas de evitar agressões ao seu corpo ou à sua liberdade psíquica, mas sim de criar ambientes favoráveis ao delicado período gestacional e materno, no qual a mulher está em período crítico” (OLIVEIRA, SANTOS, 2016, p. 29).

Em relação à assistência à saúde da mulher presa, o artigo 14, §13º, da Lei de Execuções Penais determina que “será assegurado atendimento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido” (ITTC, 2017, p. 33).

José Sebastião de Oliveira e Diego Prezzi Santos (2016, p. 77) ressaltam a importância em romper com a ideia de que a integridade física e moral são itens distintos entre si sem qualquer relação, uma vez que já se encontra comprovado cientificamente a influência da integridade física na integridade moral e vice-versa. Vislumbra-se, assim, a importância da proteção à saúde efetiva (CF, art. 196) a fim de que seja garantida a concretização da Dignidade do condenado.

Parte do direito à saúde e integridade psicofísica está consubstanciado no direito à amamentação o qual conjuga a proteção dos direitos da mãe e da criança, bem como favorece a formação do vínculo familiar. Em face da importância do aleitamento materno, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, em seu artigo 9º, que deverão ser asseguradas condições adequadas ao período da amamentação, inclusive para os filhos de mães submetidas a penas privativas de liberdade (ITTC, 2017, p. 31).

As crianças e adolescentes têm assegurado, com prioridade absoluta, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, art. 227).

Nesse mesmo sentido, o artigo 5º, do Estado da Criança e Adolescente, disciplina que nenhuma criança poderá ser objeto de qualquer forma de negligência ou discriminação, o que significa que todas as crianças, inclusive os filhos e filhas de presidiárias, têm direito à amamentação e ao atendimento em creches e berçários (ITTC, 2017, p. 32).

As Regras de Bangkok ou Regras das Nações Unidas para o tratamento das mulheres encarceradas e aplicação de medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras são o principal marco normativo internacional a tratar acerca das necessidades específicas da mulher presa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 10).

A particularidade feminina é o núcleo axiológico das Regras de Bangkok, “até mesmo

porque visualiza e realça a nítida distinção de compleição física e emocional entre pessoas de sexos distintos”, além de reconhecer que a arquitetura e a própria concepção dos presídios são destinadas aos presos do sexo masculino e não às mulheres (OLIVEIRA; SANTOS, 2016, p. 47).

Assim, as Regras de Bangkok, aprovadas em dezembro de 2010 pela Assembleia Geral da ONU, determinam a devida atenção por gestores e membros do sistema de justiça acerca das “especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo de execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário”, de modo que visam complementar as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso e as Regras Mínimas para Elaboração de Medidas de Liberdade (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 10-16; ITTC, 2017, p. 6).

Nota-se, portanto, que mesmo as mulheres encarceradas devem ter respeitadas as características que as fazem seres humanos, bem como aquelas diferenciadoras. Assim, a fim de que a execução penal se dê sem que haja excesso de execução no que tange ao direito da personalidade das mulheres encarceradas é essencial que haja plena compreensão acerca das diferenças entre homens e mulheres.

Estudos em relação à prisão feminina e os efeitos contrastantes entre a prisão paterna e materna demonstram que o encarceramento masculino é permeado pela certeza de que alguém ficará responsável pelos cuidados dos filhos, sendo, em geral, a mãe das crianças que não só oferecerá todo apoio para os filhos, como também proporcionará a manutenção do vínculo entre eles e o pai recluso (SILVA, 2015, p. 184).

Por outro lado, a reclusão feminina é caracterizada pela incerteza quanto ao destino dos filhos, “uma vez que o pai não se responsabiliza pelos cuidados dos mesmos, ou não tem como fazê-lo por também estar em situação de aprisionamento” e, assim, dá início a um processo de inquietude e preocupação quanto ao que acontecerá com as crianças enquanto perdurar a reclusão materna (SILVA, 2015, p. 184).

Evidente, portanto, que o encarceramento materno gera um impacto mais severo do que a prisão paterna, pois resultam em um maior número de crianças sofrendo condições degradantes, seja em razão do seu encarceramento junto à genitora ou devido ao seu afastamento abrupto.

De fato, o sistema prisional não tem condições de atender as peculiaridades das mulheres em situação de aprisionamento, visto que foi projetado para atender aos problemas do comportamento masculino. Assim, um dos fatores que mais contribui para a desatenção aos cuidados com a gestação e maternidade é a desigualdade de gênero do sistema prisional.

Além das violações comuns às prisões masculinas, como o desrespeito a integridade física e psíquica, liberdade e dignidade sexual, imagem e honra, as mulheres encarceradas ainda são vítimas de outros abusos, tais como a desatenção à saúde da gestante e lactante; restrições de visitas íntimas, ausência de materiais de uso pessoal como roupa íntima e absorvente, abandono pela família em razão da localização dos estabelecimentos prisionais femininos e das revistas vexatórias, separação abrupta do filho e desconhecimento acerca do seu paradeiro, entre outras violações (OLIVEIRA; SANTOS, 2016, p. 18).

Diante dessa situação fática, o Estado “deve voltar-se não apenas para encarcerada, mas também para a criança, neonato ou feto, bem como para prevenção, cuidado de doenças, além do (quase) saudável exercício da criação responsável, garantido constitucionalmente” (OLIVEIRA, SANTOS, 2016, p. 18).

3 DA VIOLAÇÃO A UNIDADE FAMILIAR E O ATUAL ENTEDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A atenção com a condenada e seu filho é alicerçada no valor da Dignidade Humana e constitui-se como uma forma de resguardar valores constitucionalmente garantidos e compostos de tutelas ligadas aos momentos da gestação, pré-parto, parto e pós-parto.

A violência psicológica e física perpetrada em ambiente prisional é uma realidade indiscutível na vida dessas mulheres. Tal situação acarreta um quadro de estresse emocional associado com a baixa autoestima, isolamento, uso abusivo de álcool ou drogas capazes de gerar consequências devastadoras à saúde da mãe encarcerada e seus filhos (VIEIRA; VERONESI, 2013, p. 216).

Entre todas as dificuldades e violações enfrentadas pelas mulheres reclusas, revela-se como o fator mais perturbador a privação dos seus familiares mais próximos, em especial os filhos. Tal situação gera sentimentos de medo, culpa e fracasso “por terem ‘abandonado’ os filhos em condições que fogem do seu controle, ou com receio de que eles venham a sofrer maus tratos” (MELLO, 2016, p. 91).

O contato da reclusa com os seus familiares representa o seu vínculo com o mundo exterior, bem como proporciona o apoio emocional e material que necessitam durante o período de encarceramento e exercício da maternidade. Nesse sentido, a família representa a manutenção de vínculos sociais e funciona como um “recurso frente às deficiências materiais, administrativas e jurídica da prisão” (MELLO, 2016, p. 276-277).

Assim, o abandono pela família durante o processo de reclusão gera nas mulheres encarceradas o sentimento de impotência em relação ao exercício da maternidade em face das restrições impostas durante o encarceramento. Ademais, em decorrência da dupla punição da mulher e do difícil acesso dos familiares às prisões femininas, essas sofrem mais intensamente do sentimento de solidão.

Ao investigar acerca da relação mãe-filho em ambiente prisional, Daniela Canazaro de Mello (2016, p. 96, 183-188) retrata os principais aspectos positivos gerados às encarceradas que vivem com o filho dentro da prisão. Em suma, para a autora, a maternidade exercida em meio prisional representa um suporte emocional às mães encarceradas gerando, assim, a suavização do seu aprisionamento.

Assim, as relações entre mães reclusas e seus filhos funcionam como um apoio emocional, ajudando-as no controle de suas “emoções negativas, como ansiedade e depressão, diminuindo sentimentos de solidão” e proporcionando grande motivação para reabilitação e mudança de

comportamento (MELLO, 2016, p. 281, 287).

No que tange aos filhos que vivem junto de suas mães na prisão, Daniela Canazaro de Mello (2016, p. 59-63) destaca a importância da construção de laços emocionais íntimos nos primeiros anos de vida do menor para o seu saudável desenvolvimento. Nesse sentido, dá especial relevância para formação do vínculo afetivo entre mãe e filho ao afirmar que:

Desde o primeiro ano de idade se formam traços da personalidade e caráter quando inicia-se o desenvolvimento emocional. Nesta fase inicial, a mãe deve assumir o papel de se adaptar quase que totalmente às necessidades do bebê, fazendo com que ele experimente uma sensação como que de onipotência, em que tudo gire ao seu redor. [...] Assim a presença física da mãe nesta fase não pode faltar à criança. No entanto, não basta apenas a figura da mãe, é fundamental que ela esteja em condições de ofertar os cuidados básicos.

O início do desenvolvimento infantil está ligado à percepção do mundo a partir do exercício da memória, linguagem, afetividade e imaginação. Nesse sentido, destaca-se a “importância de um ambiente facilitador e estimulante para o desenvolvimento infantil, pois desde o nascimento a criança será influenciada pelo meio, bem como terá recordações precoces” (MELLO, 2016, p. 66-67).

A permanência dos filhos pequenos junto à mãe durante o período de encarceramento é permitida pela maioria dos países. No Brasil, de acordo com o artigo 89 da Lei de Execuções Penais, é autorizada a permanência da criança na prisão até os sete anos, no entanto, mais da metade das unidades prisionais liberam a permanência apenas até os seis meses de vida do menor (MELLO, 2016, p. 82-85).

Assim, a sentença condenatória que aplicou a pena privativa de liberdade à mulher-mãe não retira da criança o direito à proteção para seu desenvolvimento integral, proteção essa que deverá ser promovida pelo Estado, sociedade e pela própria mãe encarcerada detentora do poder familiar e guarda.

No entanto, a maternidade exercida em situações “normais” já é tida como uma atividade que exige esforço e tempo, sendo assim, deve-se questionar como ela ocorrerá em uma situação de risco, tal como acontece com a maternidade vivenciada em meio prisional.

Apesar de a convivência familiar ser um direito amplamente protegido pelo ordenamento brasileiro e responsável pelo desenvolvimento saudável do menor, a mera estadia do infante nas unidades prisionais da forma como estão estruturadas no Brasil acarreta automaticamente na violação de seus demais direitos, tais como liberdade, dignidade e educação. Constata-se, portanto, a impossibilidade de conjugar a proteção dos direitos fundamentais garantidos às crianças com a sua permanência no ambiente carcerário.

A realidade dos estabelecimentos femininos se mostra demasiadamente distante do que está determinado normativamente, isso porque sua organização está estritamente voltada à segurança e manutenção da ordem e disciplina dentro do cárcere, em detrimento de qualquer

respeito à dignidade e aos direitos das presas. Nesse sentido, a própria arquitetura dos presídios é marcada por “rigidez, austeridade e estereotipia arquitetônica condicionantes da massificação” (VIEIRA; VERONESI, 2013, p. 100).

Conforme já demonstrado, o sistema prisional não é capaz de atender as necessidades específicas das reclusas, fator que se estende para o tratamento dado às crianças que vivem no meio prisional. Assim, a invisibilidade da maternidade em meio prisional gera uma série de contradições no campo dos direitos humanos, tais como (MELLO, 2016, p. 87-88):

A carência de prisões específicas para as mulheres, a falta de espaços apropriados para o atendimento infantil, a inexistência de políticas específicas direcionadas para a maternidade como um todo e também o direito da criança às convivências familiar e comunitária.

Apesar de a presença dos filhos trazer inúmeros benefícios a eles próprios e às suas mães, é inquestionável que a privação ao qual a criança é submetida gera um impacto negativo ao seu desenvolvimento e educação, bem como acarreta a formação de diversos problemas de saúde em face das “limitações do ambiente físico, como local inadequado, superlotação, insuficiência de brinquedos, espaço limitado e fechado”, entre outros (MELLO, 2016, p. 97).

As crianças que vivem no ambiente carcerário podem sofrer tanto física quanto psicologicamente, uma vez que são fortemente influenciadas pelas angústias e experiências negativas vivenciadas pela mãe na prisão. Segundo Mahtani e Thompson (2008 apud MELLO, 2016, p. 296), “quanto mais idade a criança tiver, maior será o impacto para o desenvolvimento de ordem psicológica ou física, por terem vivido em confinamento”.

Evidente, portanto, a inadequação do ambiente prisional para a acomodação de crianças, sendo o fator gerador de uma série de dificuldades, tais como, depressão, ansiedade, baixa autoestima, dificuldades na aprendizagem, comportamentos agressivos, linguajar impróprio, entre outros (MELLO, 2016, p. 300).

Ocorre, no entanto, que tanto o encarceramento de crianças junto de suas mães, quanto a separação entre mãe e filho acarretam consequências gravíssimas para o desenvolvimento saudável do menor, bem como para a mulher encarcerada.

A separação de mães e filhos pode ocorrer imediatamente após o encarceramento feminino ou quando a criança é afastada do convívio junto à mãe reclusa por ter atingido a idade máxima de permanência autorizada pelo estabelecimento prisional.

De acordo com Buglione (2007 apud VIEIRA; VERONESI, 2013, p. 99), o encarceramento feminino acarreta perda da referência materna pelas crianças, as quais muitas vezes já não possuem o referencial paterno. Ademais, a existência de um menor número de presídios femininos e a distância desses do local onde residem as famílias das mulheres reclusas constitui-se como um fator gerador de maiores dificuldades para a manutenção dos vínculos familiares.

Assim, a falta de visitas, em especial dos filhos, viola os direitos da personalidade das mulheres encarceradas, bem como o seu dever de criação responsável e o direito ao planejamento

familiar. Os direitos das crianças também são paulatinamente violados, uma vez que a ausência materna pode ocasionar nas crianças “problemas psicológicos, incluindo trauma, ansiedade, culpa, vergonha, medo”, além de problemas sociais, tais como “retirada do ânimo, tristeza, baixa autoestima, queda no rendimento escolar, evasão escolar, uso de drogas ou álcool e elevada agressão” (OLIVEIRA; SANTOS, 2016, p. 125, 129).

Dessa forma, a prisão não apenas subtrai a liberdade dessas mulheres, como também expropria a infância de milhares de crianças e adolescentes que têm seus sonhos interrompidos e “toda sua vida negligenciada e violentada pela perversidade que ultrapassa os muros da prisão” (SILVA, 2015, p. 209).

Verifica-se, portanto, que há dois conflitos preponderantes. O primeiro deles se dá entre o “direito do Estado de punir aquele que comete o crime e o direito de uma criança de se desenvolver (e o dever do Estado de garantir esse direito), durante sua primeira infância, ao lado de sua mãe” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016, p. 281).

Nesse sentido, importante ressaltar que a mulher encarcerada e a criança encontram-se em arcabouços jurídicos completamente distintos, uma vez que enquanto a primeira está em condições de restrição de direitos, o outro não se sujeita à execução penal, mas tão somente a Doutrina da Proteção Integral.

O segundo conflito existente ocorre entre o direito à convivência familiar e o direito da criança de não ser encarcerada. Conforme analisado, a presença da mãe é essencial para o desenvolvimento da criança, entretanto, “os presídios femininos, assim como os masculinos, não foram desenvolvidos para propiciar o vínculo familiar, especialmente entre mães e filhos, muito menos promover um ambiente adequado para o desenvolvimento infantil” (STELLA, 2006, p. 46).

Assim, ao mesmo tempo que o crescimento junto à mãe é fundamental para o desenvolvimento do menor, a sua acomodação em estabelecimentos carcerários resulta na violação do seu direito à liberdade, saúde, alimentação, lazer, educação, entre outros.

Ao sobrepesar os direitos em conflitos, prevalece, sem sombra de dúvida, os direitos das crianças os quais são constantemente violados tanto em razão do encarceramento junto à mãe quanto pela sua separação abrupta.

Os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança deverão ser observados em todas as situações que envolverem pessoas em desenvolvimento e se sobreporão a qualquer outro princípio ou direito, tal como o direito de punir do Estado, de forma que não se trata de impunidade ou perdão penal, mas da necessidade de aplicar uma sanção penal ou medida cautelar que sejam compatíveis com os direitos das crianças.

O legislador brasileiro, objetivando a preponderância de tais direitos, criou uma série de dispositivos penais a fim de garantir não só a proteção aos direitos das crianças, mas também a proteção aos direitos das mulheres encarceradas não afetados pela sentença condenatória, tais como o direito à maternidade e ao seu exercício responsável.

No entanto, a despeito de a Lei de Execuções Penais dispor de preceitos normativos no sentido de adequar os estabelecimentos penais para a acomodação de crianças junto de suas mães

encarceradas através da construção de creches e berçários, tais dispositivos não são minimamente cumpridos pelo Estado de modo que as condições no cárcere se mostram extremamente insalubres e prejudiciais às crianças e gestantes.

Vislumbra-se, assim, que a proteção aos direitos das crianças cujas mães se encontram encarceradas só será alcançada por meio da aplicação de medidas alternativas à prisão a fim de garantir proteção ao exercício da maternidade, bem como o afastamento do infante do ambiente carcerário e, ainda, assegurar a convivência familiar junto à sua genitora.

Diante do descumprimento do Poder Executivo em desenvolver e aplicar políticas públicas capazes de resolver tais problemas, resta às mulheres mães em situação de prisão se socorrer ao Poder Judiciário a fim de buscar a proteção dos seus direitos mais intrínsecos.

Em atenção às violações perpetradas contra as mulheres gestantes e mães encarceradas, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal prolatou, na sessão do dia 20 de fevereiro de 2018, decisão histórica ao conceder o *habeas corpus* coletivo n. 143541, impetrado pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos, em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças. Ademais, a ordem foi estendida de ofício às adolescentes em idêntica situação e sujeitas às medidas socioeducativas, assim como às mulheres com filhos com deficiência ainda que maiores de 12 anos (BRASIL, 2018b).

Importante ressaltar que a presente decisão não se aplica aos casos em que o crime foi praticado com violência ou grave ameaça contra os seus descendentes ou em situações excepcionálíssimas que deverão ser devidamente fundamentadas (BRASIL, 2018b).

Os advogados do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos alegaram, em petição inicial, que a submissão de mulheres grávidas e mães à prisão preventiva constitui-se como ato ilegal praticado de forma reiterada pelo Poder Judiciário, tendo em vista a precariedade das instalações prisionais e da sua inadequação frente às especificidades femininas (BRASIL, 2018b).

Afirmaram, ainda, que o encarceramento feminino se constitui como ato evidentemente discriminatório e seletivo, impactando de forma desproporcional mulheres negras e pobres. Além de negligenciar as diversidades do universo feminino, tal como raça, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, estado gestacional e maternidade (BRASIL, 2018b).

Esboçaram, sucintamente, a realidade do sistema prisional apresentando os seus principais problemas, tais como a falta de acompanhamento pré-natal e exames laboratoriais, confinamento em condições insalubres e desconfortáveis, ausência de infraestrutura e pessoal adequado para o trabalho de parto, inexistência de espaços adequados para acomodação de crianças e mães, desrespeito ao período de aleitamento, separação abrupta da criança, visitas vexatórias, entre outros (BRASIL, 2018b).

Por tal razão, alegaram que a prisão cautelar caracteriza-se como abusiva e implica não só na restrição da liberdade, mas na submissão de mulheres grávidas e mães a condições cruéis e degradantes, na violação de seu direito à saúde e privação do exercício de decisões e da reprodução de forma saudável, segura e livre de discriminação, coerção e violência (BRASIL, 2018b).

Nesse contexto de violações, defenderam que a aplicação da prisão preventiva, ainda que em tese adequada, afronta diretamente a Constituição Federal, bem como diversos tratados internacionais (BRASIL, 2018b).

O voto do relator Ministro Ricardo Lewandowski, de quase 60 páginas, esboça as deficiências estruturais do sistema prisional, em especial da infraestrutura relativa à maternidade, apresentando dados levantados pelo Infopen Mulheres e narrando uma série de atrocidades que as mulheres presas preventivamente enfrentam (BRASIL, 2018b).

A partir dos dados e narrativas apresentadas, se mostra evidente a necessidade de atuação do Tribunal. Nas palavras do relator (BRASIL, 2018b):

As narrativas acima evidenciam que há um descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos. Por isso, não restam dúvidas de que “cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro” de violações a direitos humanos que vem se evidenciando, na linha do que já se decidiu na ADPF 347, bem assim em respeito aos compromissos assumidos pelo Brasil no plano global relativos à proteção dos direitos humanos e às recomendações que foram feitas ao País.

A partir de tais reflexões resta claro “que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas” (BRASIL, 2018b).

Há grande divergência em relação aos parâmetros para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Enquanto o Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos e as *amicus curiae* defendem que a expressão “poderá” do artigo 318 do Código de Processo deve ser lida como “deverá”, a fim de evitar a discricionariedade do magistrado e amenizar a cultura do encarceramento, a Procuradoria-Geral da República, por outro lado, defende a necessidade de analisar cada caso concreto, tendo em vista entender não se tratar de uma obrigatoriedade do magistrado, mas de mera faculdade. Segundo o relator, a abordagem dada pela Procuradoria “parece ignorar as falhas estruturais de acesso à Justiça que existem no País” (BRASIL, 2018b).

A melhor saída, portanto, a fim de evitar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática supressão de direitos, consiste na concessão da ordem e estabelecimento de parâmetros a serem seguidos pelos juízes, de modo que a cada decisão sejam observadas as circunstâncias do caso concreto, os princípios e regras enunciadas e, especialmente, a diretriz de excepcionalidade da prisão (BRASIL, 2018b).

Assim, o STF concedeu a ordem para todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes relacionadas pelo Departamento Penitenciário Nacional e demais autoridades estaduais e a estendeu, de ofício, às demais mulheres e adolescentes presas nessa mesma situação. Determinou, ainda, que cabe ao Judiciário adotar uma postura ativa para o pleno cumprimento da ordem judicial a fim de suprir as falhas estruturais de acesso à Justiça vivenciada pela população mais carente (BRASIL, 2018b).

O *habeas corpus* coletivo ora tratado e o início da conscientização dos operadores do direito em relação à questão de mulheres e crianças encarceradas resultou em uma importante mudança legislativa diante da aprovação da Lei n. 13.769/2018 (BRASIL, 2018a).

Referida Lei acrescentou os artigos 318-A e 318-B ao Código de Processo Penal, os quais determinam a substituição da prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência pela prisão domiciliar, desde que não se trate de crime cometido com violência ou grave ameaça e que não tenha sido cometido contra seu filho e dependente.

Verifica-se, portanto, que a denegação do pedido de substituição não poderá se fundamentar em nenhuma outra situação que não seja o fato de o crime ter sido cometido com violência ou grave ameaça ou contra descendente.

A Lei também fez alterações na Lei de Execuções Penais em relação à progressão de regime ao incluir o parágrafo 3º, do artigo 112, o qual dispõe que a gestante ou mãe encarcerada que for responsável por crianças ou pessoas com deficiência poderá mudar de regime se, dentre outros requisitos, for ré primária e tiver cumprido ao menos 1/8, em contrapartida a regra geral de 1/6. Referida regra também se aplica aos crimes hediondos.

Referidas alterações feitas pela Lei n. 13.769/2018 são de grande relevância ao tema e reforçam a necessidade de aplicação da prisão domiciliar à mulher gestante ou mãe de criança ou pessoa deficiente, além de tornar cada vez mais difícil a denegação por parte dos juízes dos pedidos de substituição da pena.

Contudo, mais do que elaborar leis o Estado tem o dever legal de elaborar e executar políticas públicas a fim de que essas sejam efetivamente cumpridas. Observa-se, portanto, que o motivo de inúmeras violações ao exercício do direito da maternidade por parte da mãe encarcerada e o descumprimento do Princípio da Proteção Integral à criança e adolescente não está na ausência de leis, mas na sua falta de concretização.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento da presente pesquisa possibilitou uma análise acerca das especificidades do encarceramento feminino e, principalmente, das condições para o exercício da maternidade em meio prisional.

Verificou-se que a criminalização feminina, quando comparada com a masculina, difere nos tipos de crimes praticados, na sua motivação, nas especificidades a serem atendidas durante sua custódia e no reingresso à sociedade, razão pela qual deve ser tratada de maneira diferenciada.

Ocorre que o Poder Público não tem capacidade de atender as peculiaridades das mulheres em situação de prisão diante da predominância de um sistema penal evidentemente androcêntrico e da invisibilidade acerca do referido tema.

O ordenamento jurídico brasileiro garante à mulher encarcerada o direito à maternidade, assim como assegura às crianças o direito à convivência familiar e ao desenvolvimento saudável.

No entanto, a realidade do ambiente carcerário se encontra muito distante do que está previsto normativamente de modo que tanto o encarceramento de crianças junto de suas mães quanto a sua separação acarretam violações gravíssimas aos direitos humanos.

Observou-se, ainda, que diante da inércia do Poder Público em desenvolver e aplicar políticas públicas capazes de resolver tais questões, as mulheres mães em situação de prisão têm recorrido ao Poder Judiciário para que seus direitos sejam reconhecidos.

Nesse esteio, o *habeas corpus* coletivo n. 143541 julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal trouxe visibilidade para o referido tema ao garantir o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças.

Sendo assim, a principal forma de garantir condições dignas para o exercício da maternidade é através da adoção de medidas desencarceradoras que só serão efetivamente aplicadas a partir da mudança da mentalidade dos operadores do direito e do desenvolvimento e aplicação de políticas públicas efetivas voltadas a atender todo o contexto em que a mulher esta submetida.

A partir da análise da legislação constitucional e infraconstitucional, verificou-se que o quadro de violações exposto no decorrer do trabalho e a inaplicabilidade das medidas alternativas ao encarceramento não decorrem da ausência de dispositivos legais, mas da sua falta de concretização.

Portanto, a fim de que haja alguma alteração no atual cenário de violações é necessário que a sociedade e especialmente todos aqueles envolvidos com o sistema penal se conscientizem acerca das especificidades do encarceramento feminino e os seus impactos sociais.

Diante disso, esse trabalho sugere a promoção de cursos de capacitação destinados aos operadores do direito e demais cidadãos a fim de visibilizar as questões relativas às mulheres encarceradas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.769, de 19 de Dezembro de 2018a**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Brasília, DF: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143541 São Paulo**. Pacte.(s): Jucimara Bernardo de Queiroz. Impte.(s): Jucimara Bernardo de Queiroz. Relator: Ministro Presidente. DJ, 20 fev. 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183009>. Acesso em: 11 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://bit.ly/regrasdebangkok>. Acesso em: 2 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

HELPE, SINTIA SOARES. **Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

ITTC - INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **Mulheres em prisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres**. São Paulo: ITTC, 2017. Disponível em: http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf. Acesso em: 4 jun. 2018.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MELLO, Daniela Canazaro de. **A maternidade no meio prisional: vivências de mães encarceradas na Realidade Brasileira e Portuguesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, José Sebastião de; SANTOS, Diego Prezzi. **Execução penal e os direitos da mulher e da família: análise crítico-constitucional da legislação, políticas públicas e jurisprudência**. Curitiba: Prisma, 2016.

OSÓRIO, Fernanda Correa; ALBUQUERQUE, Laura Gigante; GOULART, Dominique Assis. O sistema prisional construído sob a lógica masculina e as violações contra a mulher em situação de cárcere. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, fev. 2017.

PRADO, Hannah Zuquim Aida. Criminalização das mulheres, criminologia crítica e feminismo. *In*: SEMINÁRIO AMÉRICA LATINA: Cultura, História e Política, 2015, Uberlândia. **Anais** [...]. Disponível em: <http://seminarioamericalatina.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Criminaliza%C3%A7%C3%A3o-das-mulheres-criminologia-cr%C3%ADtica-e-feminismo-Hannah-Zuquim-Aidar-Prado.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2018.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Mulher e Sistema Penitenciário: a institucionalização da violência de gênero. *In*: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). **Sistema penal e gênero: tópicos para a emancipação feminina**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. p. 29-64. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/109196/ISBN9788579832208.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 set. 2018.

SANTOS, Thandara. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias: Infopen Mulheres**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/05/infopenmulheres_arte_07-03-18-1.pdf. Acesso em: 4 jun. 2018.

SANTOS, Thandara; VITTO, Renato Campos Pinto de. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias: Infopen mulheres de junho de 2014**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 4

nov. 2018.

SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/Mulher atrás das grades**: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/vjtsp/pdf/silva-9788579837036.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2019.

STELLA, Claudia. **Filhos de mulheres presas**: soluções e impasses para seus desenvolvimentos. São Paulo: LCTE Editora, 2006.

VARELLA, Dráuzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VENTURA, Mirian; SIMAS, Luciana. Família atrás das grades: maternidade e afetividade na perspectiva dos direitos humanos. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; OLIVEIRA, Guilherme de (org.). **Cuidado e afetividade**: Projeto Brasil/Portugal 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2017. p. 341-356.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESI, Josiane Rose Petry. **Crianças encarceradas**: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/122854/323442.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 out. 2018.

Como citar: OLIVEIRA, Lillian Zucolote; OLIVEIRA, Lourival José. A violação do direito à maternidade em face da precariedade do sistema prisional feminino brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 10-29, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 10. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 19/12/2019.

Aprovado em: 17/08/2020.

**A ADOÇÃO EXPLÍCITA DO *COMPLIANCE* PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA**

EXPLICIT ADOPTION OF COMPLIANCE BY THE DIRECT
PUBLIC ADMINISTRATION

Daniel Paulo Paiva Freitas*
Luiz Alberto Blanchet**

* Mestrando em Direito na área Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Graduado em Direito Público pela UniBrasil – PR, Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão Pública pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: danielppfreitas@hotmail.com

** Professor titular no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: blanchet@blanchet.adv.br

Como citar: FREITAS, Daniel Paulo Paiva de; BLANCHET, Luiz Alberto. A adoção explícita do compliance pela Administração Pública Direta. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 30-47, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p.30. ISSN: 1980-511X

Resumo: As práticas de conformidade e integridade, conhecidas pelo termo *compliance*, reúnem regras adotadas no âmbito público e privado, para prevenção, detecção e sanção de condutas administrativas evitadas de corrupção, fraude e desvios legais. Tais condutas foram estipuladas e adotadas inicialmente para as empresas, no ambiente privado, contudo, oportunamente, passaram a ser implementadas na esfera pública como decorrência direta dos princípios constitucionais da Administração Pública, em especial do art. 37, da Constituição Brasileira, tais como a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a eficiência, dentre outros. Diante dessa conscientização, observa-se que a Administração Pública passou a editar normas para implantação de práticas de integridade no âmbito federal, em diversos setores, especialmente através da Lei nº. 13303/2016 e da Portaria nº. 1089/2018. Mais recentemente, alguns Estados da Federação seguiram a orientação federal, podendo-se citar os casos da Lei nº. 17715/2019, de Santa Catarina e da Lei nº. 19857/2019, do Paraná. A intenção não é exaurir o tema, mas destacar sua importância perante os agentes públicos e seu fundamento constitucional, bem como promover o debate no meio acadêmico no sentido de que sejam respeitados os princípios que favorecem o desenvolvimento pleno e sustentável da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Administração pública direta. Gestão pública. *Compliance*. Integridade. Desenvolvimento sustentável.

Abstract: Compliance and integrity measures produces rules that both public and private spheres must obey, such as detecting and

punishing administrative conduct that is riddled with corruption, fraud, and legal deviations. Some of these conducts were initially stipulated and adopted by private entities, however, they were eventually implemented in the public sphere as a direct result of the constitutional principles held by the Public Administration, specifically article 37, of the Brazilian Constitution, which insure the principles of legality, morality, impersonality, efficiency, among others. Given this awareness, this study observes that the Public Administration began to issue rules implementing integrity practices at the federal level, in various sectors, particularly with Law n°. 13303/2016 and Ordinance n°. 1089/2018. Some states are following trend, as the cases of Law n°. 17715/2019, from Santa Catarina, and Law n°. 19857/2019, from Paraná. Finally, the paper does not intend to exhaust the subject matter, but instead tries to highlight the importance of public agents in Brazil's constitutional foundation, as well as to promote debate in academia surrounding principles that favor the full and sustainable development of Brazilian society.

Keywords: Direct Public Administration. Public Management. Compliance. Integrity. Sustainable Development.

INTRODUÇÃO

Recentemente, o Governador do Estado do Paraná, através da Controladoria Geral do Estado, apresentou à Assembleia Legislativa do Paraná, o Projeto de Lei autuado sob nº. 136/2019, que visa instituir o Programa de Integridade e *Compliance* da Administração Pública Estadual (PARANÁ, 2019b).

O Projeto foi aprovado pelas Comissões pertinentes, mas recebeu algumas emendas, aguardando as tramitações legislativas pertinentes, já em vias finais. Chama a atenção uma proposta de emenda “Substitutiva Geral”, apresentada em face do citado Projeto, que em seu texto de justificativa, contém a seguinte afirmação formulada pelos parlamentares proponentes: “A noção de *Compliance* foi concebida para aplicabilidade no âmbito privado, vez que ele se rege por uma concepção diametralmente distinta do setor público [...]” (PARANÁ, 2019b).

Adiante, mencionam que: “O *Compliance* no Poder Público não é nada mais do que o conjunto de toda a legislação aplicável à Administração Pública, notadamente os princípios constitucionais, notadamente o da moralidade.” (PARANÁ, 2019b). Após a devida tramitação, o Projeto foi aprovado e sancionado, recebendo o nº. 19857/2019.

Deste posicionamento decorre a seguinte indagação: Será que as modernas regras de integridade e *compliance* são inaplicáveis ou desnecessárias à Administração Pública? Informações oriundas dos Fóruns de percepção da corrupção, bem como, as constantes práticas de crimes contra a Administração Pública noticiadas pela mídia (especialmente nas páginas de transparências de órgãos como o Ministério Público), apontam que a simples existência de regras e princípios não é suficiente para criar uma cultura ética e de integridade sólida no Estado Brasileiro, seja em seus agentes públicos, ou em suas organizações administrativas.

O combate à corrupção e às práticas ilegais decorrentes de atos levados a efeito contra a Administração Pública, e muitas vezes por intermédio dela mesma, vêm sendo travados há tempos pela sociedade brasileira. Não é da operação “Lava Jato”, deflagrada de forma ostensiva em 2014 (BRASIL, [2019]), o privilégio ou a responsabilidade de iniciar uma “nova era” em um contexto disruptivo, ao menos não nas práticas de prevenção e *compliance*.

Cabe lembrar, pela memória histórica, que a punição por atos de corrupção, suborno e correlatos é prevista desde a Constituição Brasileira de 1824, quando o Imperador D. Pedro I, trouxe o tema de forma aberta e contundente contra Juízes de Direito, Oficiais de Justiça e Ministros de Estado (artigos 133 e 157) (BRASIL, 1824). Aliás, se o presente estudo fosse focado na corrupção restrita ao ato de suborno, como constatação histórica bastaria a análise de diversos textos bíblicos que tratam do tema em tom bem incisivo, desde a Idade Antiga (BÍBLIA, 2010)¹.

Não obstante, diante de um contexto de certo modo generalizado de práticas irregulares, ilegais e ilícitas, nos Estados Unidos da América, a partir da década de 1950, mais e mais

¹ Êxodo 23:8. Também suborno não tomarás; porque o suborno cega os que têm vista, e perverte as palavras dos justos. **Deuteronômio 27:25.** Maldito aquele que aceitar suborno para ferir uma pessoa inocente. **Eclesiastes 7:7.** [...] o suborno corrompe o coração (BÍBLIA, 2010).

ações passaram a ser adotadas por empresários no ambiente privado, e nos discursos políticos e legislativos, buscando-se a conformidade entre as atividades de mercado e a legislação, a ética e a integridade corporativa.

Ora, no ambiente privado, a adoção de planos de conformidade resulta em grandes benefícios para a própria empresa, pois impacta sócios, acionistas, trabalhadores, e também diretamente seus clientes e fornecedores, demonstrando publicamente que a empresa através de seus administradores é preocupada em atuar de forma compatível com preceitos éticos tais como, a integridade, a sustentabilidade e o pleno desenvolvimento social, não visando apenas a ávida lucratividade, o que tem se mostrado capaz de ampliar investimentos, possibilitando amplas aberturas e negociações no mercado moderno.

A temática demorou alguns anos para contagiar positivamente a Administração Pública, onde ainda mais elevados valores morais devem ser adotados, posto que o Estado, com todas as suas prerrogativas e preferências, representa de fato a coletividade, sendo o legislador por excelência, e tendo sua atuação prevista e regradada diretamente pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, com valores e princípios enraizados e inafastáveis. Assim, as práticas de integridade e conformidade passam a ser cogitadas pelos gestores públicos, apoiadas pela legislação infraconstitucional e no intuito de modernizar e proteger as relações públicas e privadas travadas pela sociedade.

O presente artigo pretende restringir-se às legislações recentes que tratam expressa e/ou diretamente das ferramentas de conformidade e integridade, não àquelas que o fazem de forma reflexa ou indireta, como a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº. 101/2000) e a Lei de Acesso à Informação (Lei nº. 12.527/2011).

A metodologia utilizada é hipotética-dedutiva, partindo-se da análise do contexto histórico e da legislação existente acerca do tema. Sem a pretensão de esgotar o tema, a matéria enseja detida atenção, levantando-se a hipótese que as práticas associadas ao *compliance* não são meras ampliações irrazoadas de um Estado burocrático, mas, sobretudo, consubstanciam instrumento decorrente dos próprios princípios constitucionais do Direito Administrativo Brasileiro, fundado em dever para empresários, gestores públicos, e um direito protetivo de cada cidadão.

1 COMPLIANCE – BREVE REVISÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL

A década de 1950 é considerada por alguns autores como a “era do *Compliance*” (CASTRO; ZILLOTTO, 2019, p. 20), quando especialmente nos Estados Unidos da América, inicialmente no setor bancário, começaram a ser implementadas exigências legais e formais apoiando a criação de procedimentos internos nas empresas privadas aptos a pautar a atuação de acordo com a legislação e regulamentos vigentes.

Michael Josephson (2014) especifica que a atuação quanto à imposição de regras éticas para as empresas, no campo internacional, veio à tona em 1977, com a criação do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), nos Estados Unidos, sendo fortalecida em face de diversos escândalos de corrupção locais entre os anos de 1980 e 1990.

Alguns autores brasileiros, como André Carvalho *et al.* (2019, p. 38, 319), chegam a mencionar que esta lei (FCPA) é considerada uma das mais significativas respostas da maior economia do mundo aos problemas de corrupção enfrentados nacional e internacionalmente, neste contexto, passa a ter visibilidade e alcance o termo *Compliance*, substantivo da língua inglesa decorrente do verbo *to comply*, que pode ser traduzido como conformidade, observância, obediência, submissão, dentre outras acepções possíveis.

A expressão passou a ser de uso comum na atualidade, seja na forma estrangeira ou pelo sentido “integridade”, como registrado textualmente na Lei nº. 12.846/2013². Conceitualmente, para Ribeiro e Diniz (2015), *Compliance* é uma “expressão que se volta para ferramentas de concretização da missão, da visão e dos valores de uma empresa”. E mais adiante, citando obra de Candeloro, Rizzo e Pinho, extraem a seguinte conceituação: “[...] conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários.”

Também de forma precisa, Rodrigo Bertocelli (2019, p. 39), esclarece que a expressão encontra-se além de um simples cumprimento de regras formais, sendo mais ampla e sistêmica, adotada como “um instrumento de mitigação de riscos, preservação dos valores éticos e de sustentabilidade corporativa, preservando a continuidade do negócio e o interesse dos *stakeholders*.”

Em suma, trata-se, pois, de um conjunto de regras e modelos que envolvem procedimentos éticos suficientes a orientar o comportamento de uma empresa no mercado em que se insere, seja local ou internacional, envolvendo todos os seus agentes e relações desenvolvidas em seu respectivo ramo de atuação, com preocupações transcendentais, como no aspecto de marca, nome, e do respeito para com a própria sociedade.

O *compliance* integra um sistema complexo e organizado de procedimentos de controle de riscos e preservação de valores intangíveis que deve ser coerente com, pelo menos, três aspectos: I) a estrutura societária existente; II) o compromisso efetivo da liderança; e, III) a estratégia da empresa. Assim, é também um elemento, cuja adoção resulta na criação de um ambiente de segurança jurídica e confiança indispensável para a melhoria na tomada de decisões.

Para a Associação Brasileira de Bancos Internacionais (ABBI, 2009, p. 10), em cartilha a respeito do tema, o *compliance* tem a seguinte missão institucional:

Assegurar, em conjunto com as demais áreas, a adequação, fortalecimento e o funcionamento do Sistema de Controles Internos da Instituição, procurando mitigar os Riscos de acordo com a complexidade de seus negócios, bem como disseminar a cultura de controles para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos existentes. Além de atuar na orientação e conscientização à prevenção de atividades e condutas que possam ocasionar riscos à imagem da

2 Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Art. 7º. Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e *procedimentos internos de integridade*, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; (sem destaques no original). (BRASIL, 2013).

instituição.

Não se pode restringir um sistema de práticas tão amplo a um mero “fazer cumprir” a legislação existente, posto que isto já é inerente tanto ao ambiente privado, quanto no público, mas a prática deve acarretar uma significativa mudança de mentalidade e preocupação no sentido de que mesmo que nenhuma lei ou regulamento estejam sendo descumpridos, ações capazes de trazer impactos negativos para as partes interessadas podem gerar risco à reputação e imagem da organização, consubstanciando propaganda contrária, colocando em risco a própria atividade da empresa.

Os programas de integração e conformidade não se limitam a enunciar condutas empresariais ou organizacionais, mas também conformidades no Direito Ambiental, concorrencial, do consumidor, no campo da bioéticas, das normas regulamentares e administrativas, do Direito laboral, e outras áreas que interessem às atividades desenvolvidas pela empresa.

A exigência da boa-fé nas relações, do respeito à dignidade da pessoa humana, da moralidade em si (administrativa ou filosófica), e de outras posturas das relações cotidianas, é questão que por si só já deveria evocar o respeito e responsabilidade do empresário e gestor no tocante às melhores práticas, contudo, a normatização e a criação de códigos de condutas e práticas, auxilia neste tocante ao trazer maior conscientização da parte dos *players* de mercado e do próprio Estado.

Como destacado inicialmente, as regras de conformidade decorrem de um ambiente em que a maior economia do mundo, líder no processo de globalização, se viu imersa em reiterados escândalos de corrupção, como os casos *Watergate* (1974), *Lochheed Martin Aircraft Corporation* (1975), *Defense Industry-Pentagon* (1985), dentre outros. Tais casos envolviam pagamento de propinas, práticas políticas desleais, superfaturamento, dentre outras condutas nefastas nos ambientes privados e governamentais.

A situação maculava a reputação norte-americana, colocando em risco a confiança estrangeira na integridade financeira de suas empresas, bem como na eficiência de seus mecanismos de combate a corrupção, fiscalização e no próprio mercado de capitais, o que levou os Estados Unidos da América a fortalecer suas regras éticas e de *compliance*.

E mesmo após a adoção de diversas normas de cunho moralizador, observou-se que inúmeras companhias de renome continuaram com condutas de risco e ofensa aos valores mais caros para a sociedade. É o caso da Enron (2001), Parmalat (2003), da Siemens (2008), da Kellogg Brown & Root LLC (2009), Alstom (2014), Alcoa (2014), para que se restrinja apenas a alguns casos mais emblemáticos.

No Brasil não é diferente, recentemente, o Índice de Percepção da Corrupção 2018, produzido e publicado pela “Transparência Internacional”, apresentou a priora do país na classificação, desde 2012, estando atualmente na 105ª posição. Observe-se um gráfico representativo da situação brasileira:

Figura 1 - Índice de Percepção da Corrupção (IPC) 2018.

Fonte: Transparência Internacional-Brasil (2018)³.

Assim, no Brasil, em que pese a existência dos elevados princípios constitucionais a respeito dos valores que o Estado deve ostentar, desde 1988, o que se verifica é um aumento das práticas de corrupção, envolvendo diretamente o setor privado e, em muitos casos, atuando em conjunto com o setor público.

As práticas de corrupção causam diversos prejuízos, não apenas empresariais, mas no Estado como um todo, pois mancham a imagem dos negócios de terceiros com o Brasil e suas empresas, prejudicam a reputação e a confiança na integridade das empresas locais, elevam o grau de risco nacional, atrapalham o funcionamento eficiente de mercado e, ainda, desonram diretamente empresas e empresários que desejem atuar de forma honesta no país.

Vários casos são investigados no ambiente privado, como propinas em organizações que mantem negócios com Estados ou empresas estrangeiras; negociações de fusões milionárias; propostas de instalação de indústrias em um país a elevados custos de propinas; dentre outras formas de manifestação de condutas ilícitas e irregulares.⁴

Não se objetiva aqui a distinção doutrinária entre atos de corrupção, subornos, má gestão de empresas, omissão de dados em demonstrações contábeis etc. Por outro lado, pretende-se demonstrar que todas essas práticas, sejam consideradas criminosas, ou “simplesmente” imorais, violam valores éticos corporativos e políticas de Estado, merecendo uma reflexão atenta acerca da necessidade de mudança do comportamento atualmente adotado por importantes agentes da sociedade, seja no ambiente privado ou público.

Assim, é evidente que a orientação constitucional de manutenção, promoção e proteção de valores morais e éticos elevados, não tem sido suficiente para proteção da sociedade brasileira,

³ A página esclarece: O Índice de Percepção da Corrupção (IPC) é a mais duradoura e abrangente ferramenta de medição da corrupção no mundo. Ela existe desde 1995 e reúne resultados de 180 países e territórios. A pontuação indica o nível percebido de corrupção no setor público numa escala de 0 a 100, em que 0 significa que o país é considerado altamente corrupto e 100 significa que o país é considerado muito íntegro (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL-BRASIL, 2018).

⁴ É o caso dos escândalos da CBF (Confederação Brasileira de Futebol) e da FIFA, que mancharam profundamente a imagem dos dirigentes de futebol brasileiros, e das investidoras no esporte nacional.

o que enseja uma maior conscientização e envolvimento acerca do tema, com a implementação efetiva do denominado *public compliance*.

2 PUBLIC COMPLIANCE COMO DECORRÊNCIA LÓGICA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Brasileira de 1988, em harmonia com os valores mais elevados de proteção às instituições públicas e à dignidade da pessoa humana, erigiu como regra intocável para a Administração Pública, direta e indireta, em todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o respeito notadamente aos princípios da *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência* (art. 37, da Constituição) (BRASIL, 1988).

Ora, se as práticas corruptivas, bem como, outras condutas ditas menores, como inadequações administrativas e decisões sem suficiente razoabilidade, seguem sendo perpetradas dia após dia na Administração Pública; e, por outro lado, a seu turno, as grandes empresas participantes de certames já vêm respeitando normas de integridade e *compliance*, por qual razão a esfera pública não adotaria práticas no mesmo sentido? Tal postura vem exatamente ao encontro dos princípios constitucionais, especialmente da moralidade e da eficiência, que protegem o Estado de práticas isoladas, fora dos padrões que devem ser adotados pelos entes públicos.

A moralidade administrativa demanda atuação com boa-fé, sinceridade, probidade, lealdade e ética, por parte dos atores envolvidos com a Administração Pública, em todas as suas esferas. A eficiência, princípio que foi inserido pela Emenda Constitucional nº. 19, de 1998, positivou a exigência de que os atos de gestão pública sejam eivados de finalidade e motivação voltada para excelência e efetividade do Estado, numa visão administrativa contemporânea voltada para os resultados e para a denominada governança corporativa.

A modernização do Estado Brasileiro é tema recorrente na literatura técnica e científica, assim, Souza (2017, p. 30) sistematizou três classificações para a força motora da mudança estatal:

A modernização se desdobra em três grandes tipos, todos com impacto sobre o papel do Estado: (a) social, na qual o Estado é pressionado pela sociedade a promover mudanças, ou seja, um processo que se desenvolve no sentido sociedade-Estado; (b) social via Estado, na qual as pressões para reformar a sociedade provêm do próprio Estado, ou seja, um processo que se desenvolve no sentido Estado-sociedade; e (c) do Estado, na qual o foco é a eficiência e sua expressão mais conhecida é a institucionalização da organização burocrática nos moldes preconizados por Weber, ou seja, um processo que se desenvolve no sentido Estado-Estado.

Trata-se, pois, da ordem para a Administração Pública atuar com organização racional dos meios e recursos humanos utilizados pelo Estado, objetivando uma prestação de serviços públicos e a realização de suas atividades precípua com maior qualidade em proteção da própria sociedade. Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal e jurista Gilmar Ferreira Mendes (2017,

p. 901): A atividade da Administração Pública deve ter em mira a obrigação de ser eficiente. Trata-se de um alerta, de uma advertência e de uma imposição do constituinte derivado, que busca um Estado avançado, cuja atuação prime pela correção e pela competência.

E arremata:

[...] pode-se concluir que o constituinte reformador, ao inserir o princípio da eficiência no texto constitucional, teve como grande preocupação o desempenho da Administração Pública. Por essa razão, sem descuidar do interesse público, da atuação formal e legal do administrador, o constituinte derivado pretendeu enfatizar a busca pela obtenção de resultados melhores, visando ao atendimento não apenas da necessidade de controle dos processos pelos quais atua a Administração, mas também da elaboração de mecanismos de controle dos resultados obtidos (MENDES, 2017, p. 902-903).

Instrumentos que defendem tais princípios, como a Ação Popular (art. 5º, LXXIII, da Constituição), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8429/92), a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº. 101/2000), dentre outros, mantêm o papel de sustentar e apoiar as práticas mais nobres que devem nortear a postura da alta administração pública em todos os atos que desempenham.

A partir da percepção deste singelo contexto, com a análise apenas da perspectiva de dois princípios constitucionais (sem falar em inúmeros outros aplicáveis, como a probidade administrativa, o desenvolvimento sustentável etc.), percebe-se que a edição de textos legais para imposição a Administração Pública no tocante a práticas de *compliance* e integridade traduz-se em garantia e tutela para o atendimento dos ditames constitucionais.

Noutras palavras, é dizer que a adoção das mais modernas práticas de lisura, transparência e boa-fé por parte dos entes públicos é medida imprescindível e inafastável que atende e corrobora para um Estado mais eficiente e protetor de práticas éticas, morais e sustentáveis.

Aliás, sobre sustentabilidade e sua impactante ligação com o tema da integridade das organizações, vale lembrar que o princípio contido no art. 3º, da Lei nº. 8666/93, pode ser desdobrado didática e doutrinariamente em três aspectos: 1) sustentabilidade sociopolítica (que trata do respeito aos direitos humanos, à diversidade cultural e progresso); 2) sustentabilidade ambiental (trata das estabilidades dos ecossistemas e condições de vida dos seres vivos); e, 3) sustentabilidade econômica (impacta decisões econômicas) (CASTRO, ZILLOTTO, 2019, p. 28).

Portanto, demonstra-se que a sustentabilidade atrai uma dimensão ética capaz de envolver e ligar cada uma de suas vertentes, sendo um dos pilares para uma atuação mais plena e íntegra do Estado, viabilizando a ampliação e implementação constante de ferramentas que fortaleçam os valores democráticos da sociedade.

Para garantir a sustentabilidade em todos os seus escopos é claramente necessário que mercado, sociedade e Estado desenvolvam um compromisso aberto e franco com mecanismos aptos a combater a corrupção e outras práticas inadequadas, irrazoáveis e/ou irregulares. Assim, a integridade é uma expressão da sustentabilidade, pois traz o devido equilíbrio entre o que é

social e politicamente necessário, economicamente desejável e ecologicamente saudável para a comunidade.

Repita-se, não poderia o agente público restringir a adoção de práticas de integridade a um combate voraz aos crimes de corrupção, uma análise inclusive voltada para o Direito Penal, entretanto, é a compreensão holística e ampla da prática, suficiente a trazer uma mudança radical de postura em todos os envolvidos nas relações humanas cotidianas, seja no campo das relações de mercado, privadas, ambientais, transnacionais, ou na esfera pública, entre servidores, políticos, empresas licitantes e um sem número de afetados direta ou indiretamente nas condutas de Governo.

A Constituição Brasileira prevê a partir do art. 70, as regras de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, exercida pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Este dispositivo é reproduzido nas Constituições Estaduais, e Leis Orgânicas de Municípios, com as devidas adequações, tendo aplicação simétrica e republicana. Neste contexto, José Glock (2015, p. 24) esclarece que controle é:

Qualquer atividade de verificação sistemática de um registro, exercida de forma permanente ou periódica, consubstanciada em documento ou outro meio, que expresse uma ação, uma situação, um resultado etc., com o objetivo de se verificar se existe conformidade com o padrão estabelecido, ou como o resultado esperado, ou, ainda, com o que determinam a legislação e as normas.

Em seguida, sistematiza o tema em controles internos e externos, e ainda, analisando-se da perspectiva da realização do ato administrativo, ensina que os controles internos podem ser: preventivos (prévios), detectivos (durante o ato) e corretivos (realizados posteriormente à execução do ato). No caso, as regras de conformidade e integridade compõem os denominados controles “preventivos”⁵, tratando-se via de regra de enunciar condutas prévias, análise de riscos, eventuais erros e desperdícios em franco benefício do órgão pertinente.

Glock também enfatiza que o controle interno não pode ser estático, sendo integrado e dinâmico, efetuado por todo o corpo de funcionários, em todas as atividades da instituição, com políticas administrativas claramente definidas, exercidas de forma permanente, primando pela: integridade, exatidão, pontualidade, autorização, eficiência e eficácia (GLOCK, 2015, p. 28)

Por fim, importante apresentar como principais elementos de um programa de *compliance*, ainda que outros autores tragam distinções entre os programas, bem como *guidelines* administrativas (como àquelas elaboradas pela CGU e pelo CADE) também o façam, podem ser elencados os seguintes itens como essenciais ao documento a ser elaborado:

- 1) Atuação direta e apoio incondicional da Alta Direção do órgão
- 2) Nomeação de um responsável pelo Programa
- 3) Adequação às atividades desempenhadas pelo órgão

5 Ainda que não restritas a eles.

- 4) Criação das regras e procedimentos
- 5) Comunicação interna das normas
- 6) Treinamento institucional
- 7) Estabelecimento de canais de denúncias, sistema de premiação e medidas disciplinares
- 8) Monitoramento e indicadores de desempenho
- 9) Extensão da aplicação a fornecedores e prestadores de serviços

Tais itens aplicam-se tanto no ambiente de programas privados como no público, sendo que cada item mereceria detida análise, o que infelizmente não há espaço no presente artigo. Diante de um contexto reformista e de combate às práticas ilícitas e irregulares, tanto o Governo Federal, quanto os Estados, vêm buscando a edição de leis fundamentadas nos citados princípios constitucionais, com a finalidade de elevar o padrão das condutas administrativas, assumindo que o *compliance* não é um custo, mas um investimento profundo em mapeamento e prevenção de riscos em prol da coletividade.

3 O *COMPLIANCE* NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E ESTADUAL

Para o presente estudo traz-se à menção algumas recentes tentativas legislativas no tocante à regulamentação de programas de integridade no campo da Administração Pública Direta, o que atesta, ainda que de forma embrionária, uma firme consciência de alguns gestores públicos, no sentido da necessidade de aprimoramento e fortalecimento dos princípios constitucionais e proteção institucional.

Quando o tema é *compliance* nas empresas participantes em licitações e contratadas, há vários Estados com projetos de lei para votação, ou já votados, determinando tais práticas⁶, contudo, quando se fala em implantação de programas de integridade no próprio órgão público, a conscientização e enfrentamento ainda são insuficientes.

O Governo Federal, realizou importante movimento no sentido da promoção dos valores de integridade, através do Decreto nº. 9203, de 22 de novembro de 2017, que trata da implantação da política de governança no âmbito da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional. O art. 19, desse Decreto, dispõe que:

Art. 19. Os órgãos e as entidades da administração direta, autárquica e fundacional instituirão programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção, estruturado nos seguintes eixos:
I - comprometimento e apoio da alta administração;
II - existência de unidade responsável pela implementação no órgão ou na entidade;

6 Vide Lei Estadual nº. 7.753/2017 – RJ; Lei Distrital nº. 6.112/2018 – DF; Lei Estadual nº. 15.228/2018 – RS; Portaria nº. 877/2018 – Ministério de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (BRASIL, 2018a); dentre outras.

III - análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade; e
IV - monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade (BRASIL, 2017).

Portanto, restou determinado que os órgãos da Administração Federal Direta, autárquica e fundacional, instituirão (dever), programa de integridade com as finalidades apresentadas.

Ato contínuo, foi publicada em 25/04/2018 (BRASIL, 2018b), a Portaria CGU nº. 1089, que conceituou as expressões “Programa de Integridade” e “Riscos para a integridade”, dividindo a implantação do programa em três fases: a primeira para constituição de uma unidade específica de gestão da integridade; a segunda para elaboração dos planos de integridade, com o conteúdo textualmente definido na Portaria; e, finalmente, a terceira, que trata propriamente da implantação e monitoramento do Programa implantado. Em 2019, foi editada a Portaria nº. 57, que alterou os prazos limites da implantação, com outras ligeiras modificações no texto anterior (que não foi revogado). (BRASIL, 2019).

De se observar que o Executivo preferiu adotar a expressão “integridade” em detrimento do termo estrangeiro *compliance*, contudo, apenas a título comparativo, a Lei nº. 13.303/2016⁷, adota o termo *compliance*, sem qualquer definição ou esclarecimento, apenas enunciando a existência dessa área na entidade; não obstante, trata especificamente da elaboração e implantação de programas de conformidade e Código de Conduta e Integridade (art. 9º, §1º). Em síntese, observa-se claramente a real preocupação da Administração Pública federal com o tema.

Na esfera Estadual, alguns entes públicos largaram na frente, foi o caso do Estado de Santa Catarina, que no início de 2019, publicou a Lei nº. 17.715, que dispõe sobre a criação de Programas de Integridade e *Compliance* na Administração Pública Estadual. Esclarece o legislador estadual catarinense, logo de início, que a intenção quanto à criação da lei expressa o comprometimento do Estado de Santa Catarina com o combate à corrupção em todas as formas e contextos, bem como com a integridade, a transparência pública e o controle social.

Em seguida, são elencados os objetivos que deve perseguir o Programa e esclarecidas as expressões adotadas pela legislação. Posteriormente, foi inserido um importante dispositivo que orienta a conscientização de servidores, agentes e funcionários na implementação do Programa, no seguinte sentido:

Art. 4º. No desempenho das atividades e procedimentos relacionados ao Programa de Integridade e Compliance, todos os servidores, agentes e funcionários da entidade devem engajar-se, disseminar e demonstrar, nas mínimas atitudes diárias, que estão efetivamente alinhados com os princípios e valores do Programa.

Parágrafo único: Para o desenvolvimento e implantação do Programa de Integridade e Compliance, a instituição deverá favorecer um clima organizacional favorável à governança pública, com interfaces bem definidas e servidores interessados em cumprir seus deveres, com o efetivo apoio da alta direção e com qualidades alinhadas à ética, à moral, ao respeito às leis e à integridade pública. (SANTA CATARINA, 2019).

7 Denominada “Estatuto Jurídico da empresa pública, sociedade de economia mista e subsidiárias” (BRASIL,2016).

As etapas e fases são definidas de forma ampla, dando-se ênfase para a detecção de riscos nos órgãos públicos e para a elaboração de um Código de Ética e Conduta com parâmetros objetivamente definidos. A norma é bem abrangente e adequada, atingindo pontos essenciais em um plano desta espécie, especialmente a comunicação, canais de denúncias e monitoramento.

No mesmo sentido, o Estado do Paraná, também preocupado com a adoção de medidas de *compliance*, na pessoa do atual Governador, em conjunto com a Controladoria do Estado, enviou Projeto de Lei à Assembleia Legislativa, autuado sob nº. 136/2019, para a implantação de um Programa de Integridade e *Compliance* da Administração Pública Estadual.

O Projeto sob análise era praticamente idêntico à referida lei catarinense, sendo mais reduzido em termos de abrangência e alcance, com menor número de artigos. Quando de sua tramitação, o Projeto foi aprovado pelas Comissões pertinentes, mas recebeu quatro emendas, sendo uma delas, uma proposta “substitutiva geral”, de autoria do Deputado Estadual Requião Filho (PARANÁ, [2019]).

A proposta substitutiva reveste-se de normas gerais e de um amplo código de conduta e ética, contudo, observou-se uma pueril confusão de termos e conceitos, em especial do próprio instituto do *compliance*. O Deputado proponente asseverara que “a noção de *compliance* foi concebida para aplicabilidade no âmbito privado”, regendo-se por uma “concepção diametralmente distinta do setor público”, citando frase clichê: *que o setor privado faz aquilo que a lei não proíbe, e o público faz o que a lei manda*.

Ora, como mencionado acima, a criação dos programas de conformidade e integridade, desde o seu nascedouro, está diretamente relacionada a uma tentativa profissional e ética de evitar práticas de corrupção nas empresas, sendo assim, a dicotomia adotada pelo Parlamentar como razão para sua argumentação não se coaduna com a verdade dos fatos

Ademais, a legalidade estrita não é suficiente para regular, ou balizar, a Administração Pública, por isso existem outros princípios e regras hermenêuticas para atuação eficiente do agente público, seja servidor ou autoridade política. A ideia que se pretende implementar na Administração Pública é a noção “responsividade estatal” e atuação profissionalizante⁸, portanto, mais e mais se faz necessária uma postura firme e ética com relação a integridade e conformidade dos valores que o Estado deve veicular.

Diversas práticas burocráticas estatais estão centradas nos recursos e não nos resultados, sendo assim, o controle de processos tem acarretado a ineficiência estatal, ensejando a implantação de práticas e modelos de mercado – da esfera privada – com elementos de missão, visão e valores, governança, conformidade, cuidado com clientes (cidadãos), meritocracia, dentre outros conceitos de franca aplicação na esfera pública, atraindo uma fase de Administração Empresária emprestada

8 Nesse sentido ensina Rodrigo Pironte Aguirre de Castro: “[...] sob a ótica da evolução de um modelo de Estado Gerencial, é importante destacar que há que se revelar uma necessária postura responsável do Estado (noção de responsividade), em que não apenas importa o atingimento do fim, mas uma conjugação entre a eficiência estatal e o melhor resultado possível, com a total assunção das responsabilidades do Estado na condução dessa solução.” (CASTRO, 2016. p. 109).

ao Direito Administrativo. Nesse contexto, para Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (2016, p. 223):

Os critérios que envolvem a profissionalização da função pública como condição necessária à independência e a eficiência do Sistema de Controle Interno devem, necessariamente, estar pautados na evolução do Estado e em sua nova concepção responsiva, bem como, nos critérios objetivos estabelecidos no texto constitucional, sem os quais, qualquer novo paradigma restaria frustrado pela inexistência de fundamento de validade.

O Deputado ainda afirmara que “*Compliance* do Poder Público não é nada mais do que o conjunto de toda legislação aplicável à Administração Pública [...]”. Tal conceito, também como demonstrado acima exaustivamente, não corresponde ao instituto do *compliance*. Conformidade não é apenas relação com legislação ou moralidade, mas postura, missão, valores, prevenção de riscos, comprometimento, enfrentamento, cultura, sustentabilidade, envolvimento, e diversos outros elementos que compõem um amplo, vasto e profissional programa de integridade.

É evidente que a Administração demanda leis para consecução dos seus objetivos, contudo, pode agir pela juridicidade e pela aplicação dos princípios constitucionais como justificativa das atividades desempenhadas em benefício da coletividade. Mesmo previstas em diversos textos legislativos, muitas práticas não são adotadas, nem tampouco monitoradas por partes dos agentes públicos, ensejando que outros instrumentos, de maior credibilidade e eficácia, sejam adotados para proteção e blindagem do Estado. E o proponente do texto substitutivo concluiu sua argumentação afirmando que o servidor *não necessita* da implantação de um programa de *compliance*!

Ante todo o exposto, não se pode imaginar que regras que atraem profissionalismo e responsabilidade, simbiose com o mercado onde o próprio Estado vive e atua, não sejam necessárias para a melhor atuação do serviço público. Em contrapartida poder-se-ia perguntar, qual a razão das Escolas de Aperfeiçoamento (Escolas do Legislativo) criadas nos entes públicos como decorrência de mandamento constitucional? Já não há leis e doutrinas suficientes para serem lidas e compreendidas? Qual a razão de novas leis anticorrupção se há dispositivos no Código Penal que já fazem a função sancionadora em face da conduta ilícita e antijurídica?

Sem receio da mera retórica, é imprescindível aos agentes políticos um aprofundado conhecimento acerca de uma prática internacionalmente adotada para que se possa proferir uma crítica no mínimo fundamentada na realidade dos fatos, ainda que desprovida de argumentos técnicos. Ao fim e ao cabo, o parlamentar mencionou que a emenda por ele elaborada visava atender um “clamor público”, o que evidentemente não se mostra fator suficiente e determinante para fundamentar o obstáculo a um projeto de lei com tal abrangência e importância. Após amplo debate político, o Projeto citado foi aprovado, sendo sancionado pelo Governador do Estado do Paraná, com a identificação de Lei Estadual nº. 19.857/2019 (PARANÁ, 2019c).

Em suma, os exemplos encontrados atualmente na legislação infraconstitucional demonstram a preocupação do legislador em trazer para a Administração Pública, ferramentas capazes de retomar a confiança e eficiência do Estado e seus agentes, sendo que as modernas

práticas de conformidade e integridade não são meros instrumentos burocráticos ou políticos, mas oportunidade, reconhecida pelo mercado, de profissionalização do serviço público no atendimento exclusivo da sociedade que o sustenta.

CONCLUSÃO

Considerando o curto espaço que delimita um artigo, tentou-se demonstrar que as ferramentas mais modernas do ambiente privado, no tocante a programas de integridade e conformidade – *compliance* – podem e devem ser aplicadas na esfera pública como decorrência da moralidade administrativa e instrumentalização do princípio constitucional da eficiência.

Argumentos contrários a esta modernização do Estado apenas servem para despir de reponsabilidade a Administração Pública, vestindo-a exclusivamente de argumentos políticos, partidários e ideológicos.

O filósofo polonês Zigmunt Bauman provavelmente chamaria isso de insensibilidade ou “cegueira moral”, e não obstante, é o que se observa em diversos debates cotidianos do legislativo, quando ao contrário de uma busca por uma argumentação sólida e um estudo

aprofundado e enriquecedor das necessidades coletivas, ouve-se apenas o confronto de vazias opiniões por mero apego à divergência.

Vale salientar, ainda, que as ferramentas de *compliance* não são um fim em si mesmas, mas um meio para atingir uma finalidade maior, no caso dos órgãos públicos, um Estado Democrático de Direito plenamente sustentável, com valores e princípios sólidos como reza a Constituição.

Controles e mecanismos de integridade, fiscalizações, auditorias e outros instrumentos devem ser equilibrados, sopesados e implantados com paciência e maturidade, sem intenção policialesca, ou de incisivas acusações e vigilância dos agentes públicos, sejam agentes políticos ou servidores, em que nível estejam, funções ou esferas de atuação.

Nenhum programa vai conseguir impedir todo e qualquer ato lesivo contra a Administração Pública, mas é evidente que a mudança de consciência no ambiente privado e público é capaz de atrair a esperança de dias melhores para um país tão desgastado e manchado pelas marcas do patrimonialismo, do compadrio e da corrupção.

REFERÊNCIAS

ABBI - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS INTERNACIONAIS. **Função do compliance**. Brasília, DF: ABBI, jul. 2009. Disponível em: http://www.abbi.com.br/download/funcaoecompliance_09.pdf. Acesso em: 7 maio 2019.

BAUMAN, Zigmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Compliance*. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho Bertocelli; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio.

Manual de compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 39.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada.** Tradução Nova Versão Internacional. São Paulo: Casa Publicadora Brasileira, 2010.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição política do imperio do Brazil (de 25 de março de 1824).** Rio de Janeiro: Presidência da República, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 3 maio 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 3 maio 2019.

BRASIL. **Decreto nº. 9.203, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm. Acesso em: 2 maio 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 3 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 3 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº. 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Lei Anticorrupção Brasileira. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 2 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº. 13.303, de 30 de junho de 2016.** Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 2 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Agricultura. Portaria nº 877, de 6 de Junho de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n. 109, 8 jun. 2018a. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=08/06/2018&jornal=515&pagina=5>. Acesso em: 3 maio 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Grandes casos.** Brasília: MPF, [2019]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 3 maio 2019.

BRASIL. Portaria nº 1.089, de 25 de abril de 2018. A Estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de

integridade e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção: 1, Brasília, DF, ed. 80, p. 81, 26 abr. 2018b. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/04/cgu-lanca-regulamentacao-para-programas-de-integridade-no-governo-federal/portaria-cgu-1089-2018-1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. Portaria nº 57, de 4 de janeiro de 2019. Altera a Portaria CGU nº 1.089, de 25 de abril de 2018, que estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção: 1, Brasília, DF, ed. 4, p. 40, 4 jan. 2019. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/58029864. Acesso em: 30 abr. 2019.

CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho Bertocelli; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio **Manual de compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Ensaio avançado de controle interno: profissionalização e responsividade**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre; ZILIOOTTO, Mirela Miró. **Compliance nas contratações públicas: exigência e critérios normativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 6.112, de 02 de Fevereiro de 2018**. Dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Distrito Federal em todas as esferas de poder e dá outras providências. (alterado(a) pelo(a) Lei 6308 de 13/06/2019). Brasília: SNJ-DF, 2018. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/3bf29283d9ea42ce9b8feff3d4fa253e/Lei_6112_02_02_2018.html. Acesso em: 3 maio 2019.

GLOCK, José Osvaldo. **Sistema de controle interno na administração pública**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

HIJAZ, Tailine Fátima. A importância do compliance para a efetivação de medidas anticorrupção no contexto da sociedade de risco e no Direito Penal Econômico. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 15, n. 48, p. 155-190, jul./dez. 2016.

JOSEPHSON, Michael. History of the integrity, ethics and compliance movement: A cautionary tale for CEOs and corporate directors. **Ethikos**, [S. l.], v. 28, n. 1, jan./feb. 2014. Disponível em: <https://assets.corporatecompliance.org/portals/1/PDF/Resources/ethikos/past-issues/2014/scce-2014-01-ethikos-josephson.pdf>. Acesso em: 3 maio 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PARANÁ. Assembleia Legislativa - ALEP. **Pesquisa legislativa**. Curitiba: ALEP, [2019]. Disponível em: <http://portal.alep.pr.gov.br/index.php/pesquisa-legislativa/proposicao>. Acesso em: 30 abr. 2019.

PARANÁ. Assembleia Legislativa - ALEP. **Projeto Lei n. 136/2019**. Institui o Programa Integridade e *Compliance* da Administração Pública Estadual e dá outras providências. Curitiba: ALEP, 2019b. Disponível em: http://portal.alep.pr.gov.br/modules/mod_legislativo_arquivo/

mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=82290&tipo=I. Acesso em: 7 maio 2019.

PARANÁ. **Lei Estadual (PR) nº 19.857, de 29.05.2019**. Institui o Programa de Integridade e Compliance da Administração Pública Estadual e dá outras providências. Curitiba: Palácio do Governo, 2019c. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/legislacao/norma/250>. Acesso em: 3 maio 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e lei anticorrupção nas empresas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. **Lei nº 7753 de 17 de outubro de 2017**. Dispõe sobre a Instituição do Programa de Integridade nas Empresas que contratarem com a administração pública do estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: ALERJ, 2017. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/6032564ec0060dff/0b110d0140b3d479832581c3005b82ad?OpenDocument&Highlight=0,7753>. Acesso em: 12 maio 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. **Lei Estadual (RS) nº 15.228, de 25.09.2018**. Dispõe sobre a aplicação, no âmbito da Administração Pública Estadual, da Lei Federal n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Porto Alegre: AL.RS, 2018. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/legislacao/norma/202>. Acesso em: 12 maio 2019.

SANTA CATARINA. Assembleia Legislativa. **Lei nº. 17.715, de 23 de janeiro de 2019**. Dispõe sobre a criação do Programa de Integridade e Compliance da Administração Pública Estadual e adota outras providências. Florianópolis: Alesc, 23 jan. 2019. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/legislacao/norma/226>. Acesso em: 02 maio 2019.

SOUZA, Celina. Modernização do Estado e construção de capacidade burocrática para a implementação de políticas federalizadas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v.5, n.1, p. 27-45, jan./fev. 2017.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL. Índice de **percepção da corrupção 2018**. Disponível em: http://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/?gclid=EAIaIQobChMI-d2F0diE4gIVkQ6RCh0N_wdvEAAYASAAEgKL_vD_BwE. Acesso em: 3 maio 2019.

Como citar: FREITAS, Daniel Paulo Paiva de; BLANCHET, Luiz Alberto. A adoção explícita do compliance pela Administração Pública Direta. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 30-47, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 30. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 15/01/2020

Aprovado em: 18/05/2020

**EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL
AMBIENTAL: NOVAS TECNOLOGIAS E OS RISCOS
AMBIENTAIS**

IN SEARCH OF THE EFFECTIVENESS OF ENVIRONMENTAL
CONSTITUTIONAL LAW: NEW TECHNOLOGIES AND
ENVIRONMENTAL RISKS

Patrícia Maino Wartha*
Haide Maria Hupffer**

*Mestrado em Direito Público pela UNISINOS (2010), Doutorado em Ambiental pela Universidade Feevale (2015), Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2005), advogada, docente, membro do NDE e do Colegiado do Curso Bacharel em Direito, supervisora do núcleo de práticas jurídicas e da Ajucesf da Faculdade CNEC de Farroupilha. Professora de Pós Graduação e Coordenadora de Pós Graduação. E-mail: adv.patriciamw@gmail.com

**Pós-doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Unisinos. Especialista em Recursos Humanos e Graduada em Direito pela Unisinos. Graduada em Ciências Contábeis pela Fundação Machado de Assis agregada a PUCRS. Atualmente é professora e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e no Curso de Graduação em Direito da Universidade Feevale. E-mail: haide@feevale.br

Como citar: WARTHA, Patrícia Maino; HUPFFER, Haide Maria. Em busca da efetivação do Direito Constitucional Ambiental: Novas tecnologias e os riscos ambientais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 48-70, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 48. ISSN: 1980-511X

Resumo: Os riscos e perigos causados pela ação humana nos ecossistemas passam a exigir que o direito se aproprie das consequências da sociedade de risco e passe a decidir em cenários em que a ciência ainda não tem respostas. A partir desse cenário o artigo se propõe a olhar os riscos ambientais sob o viés dos princípios vida, responsabilidade, prevenção e precaução em relação ao avanço irresponsável das novas tecnologias e os riscos aos ecossistemas, o que torna indubitável promover o necessário diálogo entre ciência, direito e tecnologia, para que concretamente a regulação acompanhe as descobertas científicas, especificamente quando diante de decisões sobre dano e risco ambiental. Como lógica de organização do trabalho, adota-se o método de abordagem fenomenológico hermenêutico, visto que o mesmo possibilita o encontro de respostas que preconizam a efetividade do constitucionalmente previsto à medida que promove o resgate da realidade, onde o modo prático de ser no mundo define a compreensão.

Palavras-chave: Princípio da precaução. Princípio da prevenção. Interdisciplinaridade. Constituição socioambiental. Princípio responsabilidade.

Abstract: Human activity has severely impacted ecosystems and because of this, they currently require ownership of their consequences. In a context where science has no answers, society must decide which action it will take to preserve the

environment. This paper examines environmental risks from the perspective of the principles of life, responsibility, prevention, and precaution. Sequentially, it relates them to the irresponsible evolution of new technologies and dangers to ecosystems, which makes them necessary for promoting important dialogue between science, law and technology, so that regulations accompany scientific discoveries, specifically when faced with decisions on environmental risk and damage. As a means for organizing topics of study, this paper uses the phenomenological hermeneutic approach because it helps find approaches that advocate for the constitution's principles effectiveness; thusly, promoting societies rescue, where the practical way of being in the world defines understanding.

Keywords: Precautionary Principle. Prevention principle. Interdisciplinarity. Environmental Constitutional Law. Responsibility Principle.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea caracteriza-se como produtora de riscos ambientais globais. Neste contexto, as novas tecnologias capitaneadas pela biotecnologia, biologia sintética, nanotecnologia, DNA recombinante, energia nuclear, tecnologia genética, entre outras, estão promovendo gigantescos progressos nas mais diferentes áreas do conhecimento sem o devido cuidado e vigilância em relação aos riscos e perigos ao meio ambiente e à saúde de todos os seres vivos, inclusive, à saúde humana. A humanidade ingressou em uma zona de penumbra e há incógnitas suficientes para indicar um avanço responsável. Pode-se dizer que estas novas tecnologias são detentoras de grande complexidade e produtoras de riscos abstratos, invisíveis, transtemporais e transterritoriais. Outra questão preocupante, em relação aos riscos e perigos das novas tecnologias, é a de não exigir dos empreendedores e governos que parcela dos recursos que são aplicados para desenvolver novos produtos ou aplicações sejam disponibilizados para pesquisar os riscos e efeitos dessas inovações e intervenções nos ecossistemas. Os avanços da tecnociência exigem prudência e limites éticos para não inviabilizar a vida no planeta Terra. E é sob esse viés que o presente estudo se propõe a refletir.

Neste contexto, o art. 225 da Constituição Federal de 1988 é basilar não apenas por prever expressamente que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, mas, principalmente, este adquire a relevante função de gerir os riscos ambientais ao indicar que tanto o Poder Público como a coletividade têm o dever de “defende-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Sob um primeiro olhar parece bastante simples e até óbvio tratar da concretude de disposição constitucional, no entanto em uma análise mais aprofundada da sociedade de risco é flagrada a dificuldade, deparando-se à necessidade de rupturas paradigmáticas, como as de cunho antropocentrista que insistentemente permeiam o agir social e a relação do ser humano com o meio ambiente.

O artigo se propõe a olhar os riscos ambientais das novas tecnologias sob o viés da interdisciplinariedade para mostrar que a real aplicação dos princípios vida, responsabilidade, prevenção e precaução às novas tecnologias torna indubitável promover o necessário diálogo entre ciência, direito e tecnologia, para que concretamente a regulação acompanhe as descobertas científicas, especificamente quando diante de decisões sobre dano e risco ambiental.

Como lógica de organização do trabalho, adota-se o método de abordagem fenomenológico hermenêutico, visto que o mesmo possibilita o encontro de respostas que preconizam a efetividade do constitucionalmente previsto à medida que promove o resgate da realidade, onde o modo prático de ser no mundo define a compreensão.

1 SOCIEDADE DE RISCO E A NECESSÁRIA DESCONSTRUÇÃO DO ANTROPOCENTRISMO

Ao situar-se como centro do universo, o homem colocou as questões ambientais em segundo plano, isto é, avocou a natureza como seu objeto, assumindo assim grandes riscos, que hoje se sabe que grande parte deles são irreversíveis, invisíveis, transtemporais e de alcance global. Os bens ambientais outrora julgados como inesgotáveis, atualmente estão se esgotando, fato esse que provocou a iniciativa para mudança de posicionamento perante questões de degradação ambiental resultantes de muitos anos de antropocentrismo. O ser humano não se apercebeu que é apenas uma das partes que integram o planeta Terra e que se encontra inserido no meio ambiente como qualquer ser vivo e inanimado, o que comporta múltiplas relações e inter-relações dos seres humanos entre si e desses com os demais participantes dos ecossistemas.

A sociedade moderna foi pavimentada pelo antropocentrismo alicerçada no pensamento da tradição ocidental dominante de que o “mundo natural existe para o benefício dos seres humanos” em que a “natureza não tem nenhum valor intrínseco e a destruição do planeta e dos animais não pode configurar um pecado, a menos que através desta destruição, façamos mal aos seres humanos.” (SINGER, 2002, p. 283). Por mais que essa tradição pode chocar é importante refletir que o cuidado com a natureza não é excluído, desde que a preservação “esteja associada ao bem-estar humano”. O que Singer (2002, p. 284) quer dizer é que ainda que a estrutura moral está centrada no homem “a preservação do meio ambiente” e a integridade dos animais não-humanos “é de máxima importância”.

Florestas derrubadas, poluição das águas, usinas nucleares, aquecimento global, desastres ambientais, poluição do ar, devastação do solo, exploração de recursos não renováveis são alguns dos muitos problemas que as gerações futuras herdarão das atuais gerações.

Para além das tradicionais formas de poluição e degradação do meio ambiente da sociedade industrial, convive-se hoje com riscos gerados pelo progresso tecnocientífico que caracterizam a sociedade de risco e que impactam profundamente nos ecossistemas. Neste cenário, têm-se: i] a “biologia molecular utilizada no melhoramento genético de plantas e produtos alimentícios”, como a “genômica, a transgenia e os marcadores moleculares” (CARRER; BARBOSA; RAMIRO, 2010); ii] o sequenciamento de RNA antissenso para aumentar o tempo de longevidade da hortifruticultura, os agrotóxicos; iii] as nanotecnologias que estão presentes em inúmeros produtos e aplicações (alimentos, fármacos, setor têxtil, cosméticos, higienização doméstica, medicina, odontologia, agricultura, automotivo, eletrônicos, construção civil, tintas, esporte e fitness, energias renováveis, petróleo, etc.); iv] a biologia sintética (microrganismos sintéticos, desenvolvimento de novos tecidos, fotossíntese artificial para gerar combustível, vacinas, aditivos alimentares, medicamentos/drogas sintéticas, hormônios, aditivos alimentares, combustíveis regenerativos, baterias renováveis, engenharia metabólica etc.) (SILVA; PAULILLO, 2015, p. 35-36).

As novas tecnologias carregam uma ambivalência que precisa ser enfrentada pelo Direito: além dos inúmeros benefícios a humanidade não tem o direito minimizar os riscos para o meio ambiente e à saúde humana e dos animais não-humanos. Temas como ciclo de vida dos produtos, poluição ambiental, contaminação do solo, contaminação dos recursos hídricos, gestão dos

resíduos gerados em todo o processo produtivo (produção, armazenamento, transporte, consumo até o a disposição final dos resíduos) são temas que instigam silenciosamente o Direito a ter que refletir e tomar decisões em um cenário de riscos abstratos, transtemporais, transterritoriais e transgeracionais. As novas tecnologias aqui trabalhadas como fio condutor da reflexão foram escolhidas por possibilitarem reflexões interdisciplinares e seus riscos abstratos refletirem em vínculos obrigacionais com o futuro.

É com base nessa evolução desenfreada dos danos ambientais que surge o conceito de Antropoceno, como refere Peborgh (2013, p. 33): “um período em que o ser humano, como uma força geológica consciente, será capaz de autorregular seu comportamento a fim de conservar e preservar as condições que permitem nossa sustentabilidade enquanto espécie.” Daí dizer que o ser humano do século XX e XXI conhece as catastróficas consequências da cultura individualista cultivada desde o início da civilização, qual seja o homem como centro do Universo. A consequência mais visível é que o “ser humano deixou de ser mero agente biológico para se tornar uma força geológica implacável” com possibilidade de não apenas “alterar a paisagem da Terra, mas de comprometer a própria existência da vida no planeta.” (PARETO JUNIOR *et al.*, 2017, p. 99). Percebe-se nos dizeres de Singer (2002), Peborgh (2013) e Pareto Junior *et al.* (2017) que o principal motivo para refletir sobre os riscos ambientais está na possibilidade de a espécie humana não ter mais condições de vida no planeta Terra.

O Prêmio Nobel Paul Crutzen publicou em 2002 em parceria com Stoermer um artigo científico em que conceituam Antropoceno como o período em que as ações do ser humano sobre o meio ambiente “sobrepuseram as mudanças naturais”. Ou seja, a pegada humana no planeta, o acelerado processo de industrialização e o consumo desenfreado interferiu no sistema climático com o aumento de gases de efeito estufa, trazendo reflexos inimagináveis e capazes de ocasionar problemas ambientais sem precedentes para as gerações presentes e futuras. (RUDDIMAN, 2015, p. 231).

A expressão Antropoceno tem raiz etimológica grega e significa a “época da dominação do homem sobre a Terra” representando um novo período geológico que, “com o advento da Revolução Industrial, rompeu com o Holoceno”. Daí que o Antropoceno é o resultado das profundas alterações provocadas pelo ser humano no planeta, em especial, sobre o clima e sobre a água. Os reflexos que já se fazem presente, são “graves, imprevisíveis, complexos e de uma magnitude nunca antes vista” (CORTE; CORTE, 2016, p. 25-26). É, portanto, o resultado de atitudes demasiadas “amigas do risco” e “tolerantes ao risco”, que em grande parte são consequências de decisões dos centros políticos e econômicos mundiais. O despertar pode ser amargo com efeitos transterritoriais e transgeracionais (RIECHMANN, 2007, p. 2). Observe-se que foi o próprio ser humano que colocou em risco a sua própria sobrevivência e de todas as outras formas de vida.

No centro das discussões para a criação do conceito de Antropoceno estão as mudanças climáticas e as questões hídricas, consideradas como parte de um novo conjunto de riscos produzidos pela ação humana, comprometendo os ecossistemas e acarretando uma sobrecarga de dimensões inimagináveis. A sociedade tem diante de si o complexo desafio de gerenciar os riscos

globais e equilibrar os diferentes interesses em busca de um futuro comum (FERREIRA, 2017).

Refletir sobre os riscos é profundamente perturbador, e nada simples como por vezes pode parecer. O ser humano do século XXI é convidado a repensar a forma como se relaciona com a natureza e a reconhecer que as ameaças e riscos sistematicamente coproduzidos pelo setor econômico em nome do desenvolvimento tecnocientífico geram efeitos colaterais irreversíveis, invisíveis, de alcance global (ser humano, fauna, flora), transterritoriais e transgeracionais (BECK, 2010, p. 24-26).

Portanto, os riscos e perigos causados pela ação humana nos ecossistemas passam a exigir que o Direito se aproprie das consequências da sociedade de risco e passe a decidir em cenários em que a ciência ainda não tem respostas, ou se tem seja, frente a um futuro aberto e incerto. Viver na sociedade de risco para Beck (2008) é assumir que o ser humano terá que viver em um mundo que deverá decidir seu futuro em condições de insegurança e incerteza como consequência do acelerado avanço científico e tecnológico que originaram novos riscos. Beck em 1986 cunhou o termo sociedade de risco e realizou uma reflexão profunda sobre os riscos civilizatórios, o progresso da ciência, a incapacidade de o sistema jurídico e político dar conta dos novos riscos ancorados em velhos paradigmas. Risco é a realidade discutível de uma possibilidade e nada tem a ver com especulação. São sempre acontecimentos futuros que podem ocorrer. Ao lado dos riscos financeiros globais, da ameaça terrorista, a crise ecológica derivada da globalização e industrialização é um risco que resulta de decisões tomadas no processo de modernização (BECK, 2008).

A sociedade de risco mundial é fruto de decisões humanas em favor do acelerado desenvolvimento da tecnociência e em benefício do ser humano. Beck (2010, p. 27) trabalha em torno de cinco grandes teses para desenhar a arquitetura social e a dinâmica política das autoameças da sociedade de risco mundial: I] os riscos no estágio mais avançado do desenvolvimento das forças produtivas diferenciam-se das riquezas e a questão-chave em termos sociopolíticos é conseguir identificar, definir e prevenir os riscos tecnocientíficos; II] o surgimento de situações sociais de ameaça traz a consciência de que os riscos podem atingir em maior grau as populações mais pobres e produzirem novos desníveis internacionais entre países de terceiro mundo e países industrializados; III] independente da consciência de riscos, a lógica capitalista de desenvolvimento continuará a produzir a expansão e a mercantilização dos riscos, ou seja, a canibalização econômica dos riscos vão produzir sempre novas situações de ameaças e, assim, ampliar o potencial político da sociedade de risco; IV] o conhecimento do risco adquire uma nova relevância política e como consequência são investidos recursos para “disseminar o conhecimento sobre os riscos”; V] os riscos socialmente reconhecidos “contêm um peculiar ingrediente político explosivo: aquilo que até há pouco era tido por apolítico torna-se político – o combate as causas no próprio processo de industrialização” (BECK, 2010, p. 27-28).

As teses de Beck revelam o “quão incalculáveis e imprevisíveis são os intrincados caminhos” dos riscos produzidos pela ação humana na biosfera. E os riscos que a humanidade já está vivendo no dizer de Beck (2010, p. 33) “pressupõem um horizonte normativo de certeza perdida, confiança violada.” Ao irromperem silenciosamente na natureza os riscos abalam e danificam a vida digna a

ser vivida. Neste contexto, é oportuno registrar o exemplo dos agrotóxicos em que a ação humana de usar intensivamente herbicidas ameaça a flora, o solo, o ar, a água e a fauna e como consequência carregam o peso de ameaças projetadas no presente e no futuro. Beck (2010, p. 91) pode ter razão ao dizer que apenas quando o ser humano se sentir ameaçado ele vai perceber que “respira como as plantas e que vive da água como os peixes na água” e que a ameaça de uma contaminação pode fazer com que o seu corpo sinta e acabe “erodindo sob a chuva ácida, como as pedras e as árvores.”

Acumulam-se os riscos ambientais neste início de século XXI. Entretanto, como se verá na sequência, pode-se dizer que a humanidade não avançou sobre as teses construídas por Beck. Os investimentos da ciência para conhecer os riscos, disseminar o conhecimento sobre os riscos das novas tecnologias e combater as causas em todas as etapas da cadeia produtiva de produtos, processos e aplicações não receberam a atenção necessária do sistema econômico, político e jurídico. Razão pela qual, diante dos impactos ambientais que o mundo vem sofrendo, sobressaem as dificuldades em solucionar os problemas relacionados com o dano ambiental e sua irreversibilidade, o que induz a sociedade cada vez mais, a promover meios para reparar ou prevenir o contínuo dano ambiental sem que para isso reste prejudicado o desenvolvimento econômico, social, cultural, científico e tecnológico.

2 A ATUALIDADE DO PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO FRENTE AOS RISCOS ABSTRATOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Ultrapassar o horizonte espaço-temporal dos bens ambientais traz ameaças intransponíveis e quando se trata de meio ambiente, ecologia, natureza, fauna e flora, concomitantemente se tratam de danos irreversíveis, uma vez extinta uma espécie, não há indenização que restabeleça o *status quo*, assim sendo, princípios como o do poluidor-pagador, tão louvável e necessário, presente em nosso ordenamento, não consegue gerar nada além de uma compensação monetária, a não ser que sirvam para tentar *prevenir novos danos* ambientais irreversíveis.

Para formular uma ação que minimize os impactos da ação humana nos ecossistemas, é necessário que o Estado se guie por princípios que vão se formando a partir da sedimentação das complexas questões suscitadas pela crise ambiental (LEITE, 2010, p. 178-179). O desafio é respeitar os desígnios de cada princípio colocando seus preceitos em prática.

Denota-se, desta forma, que a atual “crise ambiental vivenciada pela modernidade traz consigo uma nova dimensão de direitos fundamentais, a qual impõe ao Estado de Direito o desafio de inserir entre as suas tarefas prioritárias a proteção do meio ambiente.” (LEITE; AYALA, 2015, p. 49). Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 27) argumentam que o art. 225 e o art. 5º, § 2º da Constituição Federal sedimentam os alicerces para um “*constitucionalismo ecológico*” que confere *status* de direito fundamental ao direito ambiental. Os autores agrupam sob o rótulo de direitos fundamentais socioambientais a promoção de uma existência digna como “proteção do direito à vida, diante do quadro de riscos ambientais contemporâneos, para atender ao padrão de dignidade (e também salubridade) assegurado constitucionalmente”. Como exemplo, encontra-se o direito fundamental

à água potável e ao saneamento básico como mínimo existencial para uma vida digna.

No rol dos princípios do direito ambiental, os quais visam proteger os direitos fundamentais do ser humano, o princípio da prevenção e o princípio da precaução assumem importante papel possuindo indubitável relevância quanto à saúde humana e meio ambiente equilibrado, tanto no viés de se prevenir a contaminação e a degradação dos ecossistemas, quanto com medidas precaucionais, no sentido de se evitar (prevenir) que novas tecnologias venham a comprometer a sustentabilidade do planeta. O princípio da precaução institui que na dúvida a decisão deve ser em favor da saúde pública e do meio ambiente.

Segundo Leite (2010, p. 193) os princípios da precaução e prevenção tratam-se “de pontos de destaque da política ambiental, que exercem funções relevantes na gestão de riscos ambientais.” No que se refere ao princípio da prevenção, a expressão prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos. Nesse sentido a prevenção trabalha com riscos certos e a precaução riscos incertos (MARCHESAN; STEIGLEDER, CAPPELLI, 2013, p. 30).

Muito embora a prevenção “implica em um mecanismo antecipatório e de gestão de riscos na forma de desenvolvimento da atividade econômica, mitigando e avaliando os aspectos ambientais negativos” (KISS; SHETON, 2007, p. 104), na prática muitas vezes ela acaba prejudicada no quesito “economia”, eis que o ser humano ainda conserva a cultura individualista, consumerista e predatória.

Canotilho (1995, p. 101) refere que “a irreversibilidade dos danos ambientais justifica e legitima a imposição de medidas preventivas a todas as atividades que produzam riscos ambientais intoleráveis”. Para o autor é extremamente escandaloso que um ramo de direito, no caso o Direito Ambiental, que está “estruturalmente ancorado no princípio da prevenção ainda não tem levado o legislador a recortar, em termos eficazes, processos judiciais cautelares, céleres e justos para a defesa do direito ao ambiente e proteção dos ecossistemas naturais” (CANOTILHO, 1995, p. 101).

Da leitura do § 1º, IV e V do art. 225 da Constituição Federal pode-se dizer que a Lei Fundamental brasileira assumiu de forma implícita o princípio da precaução e reforça a ideia de que a existência de um risco de dano irreversível indica a necessidade de deliberações democráticas, transparentes e orientadas pela prudência, responsabilidade e atitudes precaucionais. A inquestionável consagração do princípio na legislação ambiental brasileira se dá com a Lei 11.105/2005 (Lei da Biossegurança) no *caput* do art. 1º quando expressamente é indicada a necessidade de observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. Neste contexto, o princípio da precaução vem justamente para impor limites para a intervenção humana no meio ambiente. No cenário de imposição de limites encontram-se as novas tecnologias que podem representar um quadro cumulativo e crescente de riscos potenciais graves e irreversíveis.

Ao partir das observações de que as novas tecnologias causam novos e desafiadores riscos ao meio ambiente e que a crise ecológica é resultado do agir humano, Larrère (2002) indica a necessária atitude precaucional antes de lançar produtos no mercado. Nesta perspectiva, merece destaque o alerta de Tickner (2002) de que não basta na autorização de novos produtos e aplicações

indicar a responsabilidade científica quanto a sua segurança e metodologias utilizadas para aferição de possíveis riscos, mas que é necessária a exigência de pesquisas e análises de pesos das evidências de distintas fontes de pesquisa, bem como a magnitude dos impactos de uma nova tecnologia ao meio ambiente e as alternativas disponíveis para minimizar os riscos. Entretanto, se existirem indícios de dano, a atividade deve ser considerada de risco e só pode ser autorizada após exaustivas pesquisas que evidenciem a não existência de dano (TICKNER, 2002).

Nesse ponto, considera-se relevante o inventário de nanotecnologia realizado por Vance *et al.* (2015) quando os autores relatam que 49% dos produtos e aplicações com nanotecnologia não fornecem a composição do nanomaterial utilizado nos produtos disponibilizados para o consumidor, e que 71% dos produtos não apresentam informações suficientes para indicar como os nanomateriais foram utilizados, os tipos de exposição humana e ambiental que carregam cada nanomaterial, bem como avaliações de risco no ciclo de vida de cada produto. Foladori e Invernizzi (2016) ao descreverem que nos Estados Unidos, no ano de 2007, apenas 3% do total investido para o desenvolvimento de novos produtos e aplicações com nanotecnologia foram destinados para estudos de avaliação de riscos. Daí o questionamento dos autores: os estudos sobre a toxicidade e a ecotoxicidade das nanopartículas são suficientes para uma liberação segura? Que quantidade de contaminação pode assimilar um ser humano, um ecossistema, sem apresentar efeitos adversos evidentes? Que quantidade de contaminação pode ser evitada sem deixar de manter os valores necessários da nova tecnologia? (FOLADORI; INVERNIZZI, 2016).

Subestimar os riscos das novas tecnologias tem legado às gerações presentes e futuras um passivo ambiental de grandes proporções. É reduzido o número de estudos sobre a biodisponibilidade, biodegradabilidade, toxicidade, as interações entre diferentes tecnologias no meio ambiente e a possibilidade de mudarem a dinâmica de vários ecossistemas. O ser humano é o único ser vivo que é responsável pelas gerações futuras e é sua maior ameaça. Os efeitos cumulativos das ações humanas sobre o meio ambiente atingirão possivelmente muitas gerações e que não foram consultadas a esse respeito. Ultrapassar o horizonte espaço-temporal dos bens ambientais traz ameaças intransponíveis.

Por sua vez, na reflexão de Riechmann (2007) chama a atenção o cuidado que o autor indica para as “falsas provas negativas”, como as resultates de pesquisas sobre determinados produtos e processos que em um primeiro momento foram considerados inócuos ao meio ambiente, quando submetidos a determinados níveis de exposição e/ou controle, porém em sequência demonstraram serem portadores de contaminantes prejudiciais aos ecossistemas. Para o autor, o princípio da precaução deveria ser aplicado na tomada de decisões em que há incerteza científica e dúvida sobre os riscos aos ecossistemas e à saúde humana. Em Riechmann (2007) a atitude precaucional não é anti-científica, mas o princípio da precaução justamente vem para indicar explicitamente os critérios para as decisões políticas quando a ciência não oferece respostas unívocas ou quando há conflito entre diferentes cientistas.

Ao questionar a versão forte do princípio da precaução (“quando há risco de dano

significativo ao meio ambiente e à saúde para outros ou para as gerações futuras” e quando houver incerteza científica em relação aos danos a decisão deve ser tomada em favor do meio ambiente), Sustain (2012, p. 23-25) posiciona que se for levado em conta tudo o que a versão forte do princípio da precaução indica, isso não levaria a lugar algum na sua aplicação. Outro ponto levantado por Sustain (2012, p. 25-26), em relação a versão forte do princípio da precaução, está em que esta versão surge como uma “ameaça paralisante, proibindo tanto a regulamentação, quanto a inação e qualquer medida entre estes dois extremos.” Sustain (2012, p. 27) não tem a intenção de desenvolver nenhum princípio em substituição a precaução, mas apresentar argumentos para referenciar que ele não oferece orientação. Para o autor, as “versões fracas do princípio são importante e irrepreensíveis” e que elas não devem ser menosprezadas e que podem até serem tentadoras. E nesse sentido, Sustain (2012, p. 28) embasa seu argumento no Comunicado da Comissão Europeia sobre o princípio da precaução, que posiciona que o princípio da precaução “‘eve ser considerado dentro de uma abordagem estruturada para a análise de risco’, o que inclui avaliação de risco, gestão de risco e comunicação de risco”. Nessa ideia, Sustain coaduna com a ideia de que a “resposta proporcional é o reconhecimento do fato de que o ‘risco raramente pode ser reduzido a zero’”.

Outro questionamento levantado por Sustain (2012, p. 34) é se a adoção de uma “regulamentação mais rigorosa é de fato compelida pelo princípio da precaução?” O autor responde que não. Justifica a negativa ao dizer que uma legislação restritiva entraria em conflito com o princípio da precaução, visto que poderia privar a sociedade de muitos benefícios, como exemplo cita a vedação de medicamentos que poderia gerar atrasos para a saúde humana. A defesa pragmática do princípio da precaução pode ser plausível para o autor em relação as questões ambientais que poderiam de outro modo serem negligenciadas. Entretanto, o argumento de Sustain (2012, p. 46) é no sentido de dizer que o princípio da precaução é rudimentar e em muitos casos pode atuar como uma forma perversa de paralisar o avanço científico e que este é “desprovido de utilidade”.

Minassa (2018, p. 176) também trabalha com a ideia de que o princípio da precaução está ancorado em uma “incógnita ambiental” e que essa incógnita “está no fato de sua essência ser a de uma cláusula aberta, e isto causa um prejuízo intransponível” que para o autor resulta em um “extremismo interpretativo” fruto de “sua vagueza conceitual e incerteza jurídica”, ou seja, “aquele que não revela sua identidade nos documentos onde aparece, uma grandeza a se descobrir para resolver o problema de sua indefinição”. Outra denúncia de Minassa (2018, p. 176-177) está no fato de identificar o princípio da precaução munido com uma carga emotiva o que obstaculizaria sua implementação. Para mostrar a questionabilidade da aplicação prática do princípio, Minassa (2018, p. 177) traz Sustain ao texto e seu argumento de que o “Estado tem dado uma resposta cega aos temores públicos, levando a implantação de verdadeiras leis do medo, derivadas da falta de clareza científica suscitada pelo princípio e a consequente insegurança jurídica para o sistema integral” e que Sustain é catedrático ao argumentar que “o princípio é inconsistente sob a ótica

do risco, o qual existe e existirá em qualquer situação social” e que a “controvérsia levantada por Sustain consiste no fato de o princípio não ser uniformemente aplicado a todos os riscos, estabelecendo, assim, um método de como os órgãos reguladores podem utilizar a análise do custo/benefício, para ajudar na materialização do princípio”.

Contextualizada a análise crítica ao princípio da precaução, a opção do presente estudo é de caminhar com os defensores do princípio, não no sentido forte da precaução, mas no seu sentido moderado e de observar que este princípio possibilita um olhar mais atento e prudência frente ao lançamento de produtos e aplicações sem pesquisas para observar a toxicidade. A participação de cientistas para validação de métodos para teste padrão e gestão de riscos é uma atitude de vigilância e antecipação aos riscos e danos. Preconizar a não observação do princípio da precaução é novamente alimentar a era do Antropoceno.

No fundo, quando realmente se percebe que reparar algo que já não existe se torna utópico é que o ser humano se dá conta que a reparação do dano ambiental, embora imprescindível, já não é suficiente, sendo necessário prevenir a ocorrência do dano, e além disso, deve-se ainda precaver, em determinadas situações.

Isso posto, a incerteza e imprevisibilidade dos efeitos somados à insuficiência de informações ambientais que subsidiam as decisões de cunho ambiental “alocam o Direito em um paradigma de incerteza científica e de controle de risco”, por isso, somente se torna possível qualquer constatação quanto à ocorrência ou não de determinados eventos com a tomada de decisões e efetiva atitude mesmo diante da existência de indeterminações acerca da ocorrência destes, sendo nesses momentos que o princípio da precaução se torna eficaz. Dizendo de outra maneira, constatar que “é arriscado decidir em casos imersos em contextos de incerteza científica” não autoriza “abster-se de uma decisão em razão da incerteza trata-se, desde já, de uma decisão quiçá ainda mais arriscada.” (CARVALHO, 2008, p. 90).

E não poderia ser diferente: o princípio da precaução consiste justamente na antecipação a ameaças que possam causar dano irreversível e riscos incalculáveis ao meio ambiente, existindo, portanto, exatamente para precaver o dano ambiental onde não há certeza de seus efeitos e consequências. É um princípio que indica prudência, cuidado e responsabilidade com os riscos futuros do desenvolvimento.

Quanto à grave realidade da irreversibilidade dos danos ambientais, Ost (1997, p. 304) alerta que todos os componentes da tragédia parecem estar presentes:

A enormidade das questões em jogo, a irreversibilidade dos processos em curso e o constrangimento, quase irreversível, de um movimento de desenvolvimento que arrasta as nações num consumo sempre acrescido, de que sabemos, contudo, conduzir a uma ruptura de carga do sistema ecológico. E como na tragédia, os alertas não faltam, com vista, se ainda há tempo, a inverter o movimento e inverter uma outra origem para esta moderna história do dilúvio.

Diante de uma tragédia que emite sinais constantes e concretos, a omissão se torna o pior dos pecados. O deixar acontecer, o permitir que quaisquer outros interesses aquém ao de perpetuação de qualquer forma de vida venham a prevalecer, conduz ao extermínio dos ecossistemas e de tudo que deles depende. O direito não pode ficar à margem das discussões e decisões sobre danos e riscos ambientais resultantes das novas tecnologias.

Daí o acerto de Escalante (2005, p. 139) quando argumenta que diante de um possível cenário de catástrofe, o princípio da precaução constitui-se de uma peça importante “a la hora de proporcional a la sociedade civil una vía para exigir responsabilidades a los gobiernos y a las industrias por sus acciones, dejar oír su voz em las cuestiones que les atañen y ‘democratizar el conocimiento experto’”. Em termos mais amplos, o princípio da precaução tem como importante desafio melhorar as políticas públicas, a eficiência e o nível de qualidade democrática (ESCALANTE, 2005, p. 139).

Sobretudo, por vezes se observa o oposto, ou seja, que mesmo diante da *certeza* do dano ambiental as condutas potencialmente poluidoras ocorrem e em dadas ocasiões com a anuência do Estado e da sociedade configurando o que Paul (1997, p. 182) nomina de “Comunidade de Interesses” que resulta de uma “irresponsabilidade organizada”. Como exemplo, o autor indica o caso de “Empresas de serviço de limpeza industrial, com autorização estatal, procedem à eliminação de dejetos tóxicos no mar, com plena consciência das **consequências ecológicas**”. Ações como estas são realizadas “diante da irresponsabilidade cúmplice entre o Estado e a Indústria” (PAUL, 1997, p. 182).

Na mesma trilha e sob o olhar das novas tecnologias utiliza-se novamente o exemplo dos agrotóxicos que em muitos países são proibidos, como o herbicida glifosato proibido em diversos países, mas ainda amplamente utilizado no Brasil, espalhando contaminação no ar atmosférico, solo, lençol freático e alimentos. Percebe-se, pois, que em algumas situações o Estado acaba compactuando com interesses econômicos contra o meio ambiente, elencando como prioritária a economia em detrimento da vida.

Sobretudo é inconcebível que o meio ambiente esteja à mercê de concepções interesseiras e individualistas, uma vez que se trata de natureza, meio ambiente, portanto, vida. O meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é direito de todos, e embora parece clichê, isso não significa dizer que a todos pertencem, e sim que todos podem fazer uso, mas não o extinguir, por se tratar de um bem indisponível que é.

No mesmo sentido, Kloepper (2010, p. 45) destaca que os bens ambientais são públicos, mas isso não significa que estão disponíveis de forma ilimitada. Proteger o meio ambiente pressupõe uma cooperação entre Estado e sociedade, ou seja, “a proteção das bases naturais da vida deve ser qualificada de fato como uma tarefa fundamentalmente pública (no sentido de relativa à comunidade), mas justamente não do começo ao fim como tarefa estatal.”

Assim sendo, questiona-se, como o fazem Leite e Belchior (2010, p. 292), “qual seria o risco aceitável?”, e esse questionamento torna-se complexo de ser respondido frente à “irresponsabilidade organizada”, assim denominada pelos autores, que acaba por transformar

o “Estado em faz-de-conta, em Estado fantoche, que só dá publicidade aos fatos científicos de acordo com seus interesses.”

Outro questionamento também de grande complexidade é o proposto por Souza (2004, p. 234): “Como conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação da qualidade de vida e a observância dos limites de capacidade de suporte do ecossistema Terra?” Contudo o certo é que essa convivência harmônica somente será possível se ainda houver vida, do contrário inútil será o desenvolvimento econômico, e desta feita o princípio da precaução aliado ao da prevenção revela-se incontestável para evitar um dano que certamente será irreversível e comprometerá o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

A era do Antropoceno está a indicar que o ser humano tem sob sua responsabilidade a biosfera inteira do planeta, com o que ainda lhe resta de ecossistemas e espécies, pois se advogou o direito exclusivo sobre o resto da vida. O respeito aos princípios da prevenção e da precaução são fundamentais para o ser humano dar-se conta de que não pode apenas pensar em si mesmo. O imperativo de Hans Jonas, que será discutido na sequência, convoca o homem a não deixar aos descendentes “uma herança desolada” e instiga a ampliar o “campo de visão ético ainda no sentido de um dever humano perante os homens, como um aumento da solidariedade inter-humana na sobrevivência e no benefício, na curiosidade, no divertimento e no assombro”. A ampliação do campo de visão significa necessariamente ir “além de um ponto de vista antropocêntrico”. Ou seja, uma visão ampliada para além do antropocentrismo “vincula o bem humano com a causa de sua vida em sua totalidade, ao invés de contrapô-la de modo hostil” é preciso outorgar “à vida extra-humana seu próprio direito”. (JONAS, 2013, p. 55-56). O excesso de poder do período do Antropoceno impõe ao ser humano o dever de proteção de todas as formas de vida.

3 A PERPETUAÇÃO DA VIDA CONSOANTE O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE EM HANS JONAS E A TEORIA DOS DEVERES EM RELAÇÃO À NATUREZA EM FERRY

Para que efetivamente se confira concretude aos princípios de prevenção e precaução, torna-se imperativo desvencilhar-se do individualismo, onde o homem se apropria da natureza até o seu esgotamento, sem ao menos se dar conta que a finitude ambiental é a sua própria finitude.

Luc Ferry (2009, p. 122) entende ser necessário e possível a desconstrução do “preconceito antropocentrismo” o que exige levar “a sério a natureza e considerá-la dotada de um valor *intrínseco* que exige respeito”. Essa tarefa para o autor consiste no reconhecimento de que os homens não passam de uma “ínfima parte do universo”, do qual dependem para sua sobrevivência e perpetuação, e desta feita, os ecossistemas deveriam ter, mais que reconhecidos, e sim legitimados sua valoração (FERRY, 2009, p. 149). Como alternativa viável, Ferry (2009, 221) propõe uma ecologia democrática nos seguintes termos: “nem o antropocentrismo cartesiano ou utilitarista, nem a ecologia profunda”.

A natureza não é um agente, dependente, pois, apenas exercendo seu direito através do

homem, se tornando “*objeto* de uma forma de respeito ligada à legislações” (FERRY, 2009, p. 235). Eis uma das maiores dificuldades encontradas pela ecologia profunda, segundo Ferry (2009), e a (in)eficácia de grande parte da legislação constitucional e infraconstitucional brasileira para a preservação do meio ambiente.

Assim, Ferry (2009, p. 242) propõe elaborar uma “teoria dos deveres em relação à natureza” distanciando-se “do cartesianismo, do utilitarismo, assim como da ecologia fundamental”. Trata-se de “viver de outra maneira” e isso não representa revolução, e sim “fazer as próprias escolhas”, “viver a própria vida”. E com isso se traduz em ações práticas como a exigência dos consumidores por produtos com selo verde, produtos orgânicos, produtos com materiais recicláveis, aceitando pagar mais por tecnologias limpas.

No intuito de realizar uma revisão da ideia de natureza, Jonas (2004, p. 271) discorre sobre o que ele denomina de “princípio vida” que integra a natureza de “vir-a-ser” mais do que “a natureza no permanecer”, tornando-se, pois, uma “atribuição objetiva”. O autor relata que apenas o ser humano, “assim nos foi dito há vários séculos, é a fonte de toda e qualquer exigência ou dever a que ele possa considerar-se obrigado” e raciocinando consoante a realidade inegável atual onde o “princípio vida” está em decadência, percebe-se que se torna imperativo ao homem a preservação da natureza.

Assim, a força normativa e coercitiva que está incutida na legislação fica igualmente intrínseca ao “princípio vida”. Todavia como refere Jonas (2004, p. 271) “é verdade que não pode haver obrigação sem uma ideia de obrigação” e “nesse caso ele seria o executor de uma tutela que só ele é capaz de perceber, mas que não foi criada por ele mesmo”, ou seja, um “dever ser só pode partir do próprio ser humano.”

A resposta final da ontologia sempre poderia ainda ser a base para um dever a partir do eu do ser humano, ao qual ela foi relegada, e para transferi-la de volta à natureza do conjunto do ser. Pode ter sido a precipitação e o desespero que negaram à doutrina do ser a capacidade do fornecer uma razão para a obrigação – dirigida, evidentemente, a seres abertos à obrigação e que precisam existir, para que a obrigação encontre quem a assuma (JONAS, 2004, p. 272).

Inobstante, Jonas (2006, p. 86) trata ainda do princípio responsabilidade em sintonia ao princípio vida, atribuindo responsabilidade ao ser humano ao denunciar que não se pode transformar a existência em apostas do agir: “fica proibido ao estadista utilizar qualquer meio que possa aniquilar a humanidade” tampouco a “existência ou a essência do homem” podem ser transformadas em “apostas do agir”. Como consequência, a natureza passa a ser uma responsabilidade humana exigindo uma nova ética de responsabilidade que deve levar em conta muito mais do que o interesse do “homem”, ou seja, a exigência é em ir além dos limites do antropocentrismo, ampliando o “reconhecimento de fins em si para além da esfera humana” e, incluir o cuidado como responsabilidade humana para com a natureza extra-humana e a biosfera no todo e em suas partes. O que Jonas (2006, p. 47) proclama é um novo imperativo alicerçado

no agir humano conclamando todos a agirem de forma que os efeitos da ação humana “sejam compatíveis com a autêntica vida humana sobre a Terra”. A razão de Jonas (2006, p. 40) construir o princípio responsabilidade está alicerçada no fato de que toda a “ética tradicional contava somente com um comportamento não cumulativo”. O homem tornou-se perigoso demais, tanto para sua espécie como para toda a biosfera (JONAS, 2006, p. 229).

Para não incorrer em um reducionismo antropocentrismo, Jonas (2006, p. 229) argumenta que o ser humano tem o dever coletivo de preservar a dignidade da natureza que se contrapõe ao arbítrio do seu poder. Para o autor, “na medida em que ela nos gerou, devemos fidelidade à totalidade da sua criação” denominando essa fidelidade como solidariedade de destino entre ser humano e natureza (JONAS, 2006, p. 230). Portanto, o rompimento com o antropocentrismo pode se dar quando o homem consegue assimilar que a biosfera inteira do planeta, “com toda a sua abundância de espécies, em sua recém-revelada vulnerabilidade perante as excessivas intervenções do homem” também “reinvindica sua parcela do respeito”. Essa consciência planetária está relacionada intimamente quando o homem se dá conta de que a revolução tecnológica também pode ser o seu extermínio. Como exemplo, Jonas (2013, p. 58) cita os fertilizantes químicos que ajudam a ampliar a produção para alimentar a humanidade, entretanto carregam consigo diversos venenos que podem ir se acumulando no solo, na água e no organismo humano por milênios futuros. Para esse exemplo, a adoção do princípio responsabilidade indica encontrar alternativas menos perigosas para resolver questões alimentares.

Nessa altura, também é necessário falar dos avanços da biologia sintética que como toda nova tecnologia pode impactar positivamente e negativamente no meio ambiente. Como o estudo está centrado em discutir os riscos, um dos grandes desafios da biologia sintética indicado por Silva e Paulillo (2015, p. 36) é a biossegurança. Para os autores, a biossegurança é exigida frente a duas situações: i] “Biosafety (libertação acidental): Risco de incidentes ou acidentes involuntários, por acontecimentos não previstos, envolvendo a manipulação inadequada dos microrganismos” em que as bactérias “têm a capacidade de trocar rapidamente informação genética com outras bactérias, sob condições adequadas” o que pode resultar de em grande risco; ii] “Biosecurity (libertação premeditada): Utilização de microrganismos, sequências de DNAs e moléculas sintéticas, com intenções criminosas, para a produção de novas e letais armas biológicas; devido, também, à falta de regulamentação”.

De igual modo, merece atenção, a tecnologia de DNA recombinante que abriu inúmeras possibilidades na medicina com novas tecnologias de diagnóstico e de tratamento. No setor agrícola, também são expressivas as novas tecnologias advindas da utilização da engenharia genética, entre as quais destacam-se os organismos modificados no seu genoma e os organismos transgênicos que se diferenciam da anterior por possuírem a inserção de um trecho de DNA (CGM, 2016). Da medicina, a biotecnologia rapidamente proliferou para a agricultura e agropecuária, possibilitando avanços significativos na produção de alimentos com organismos “geneticamente modificados (bactérias, fungos, plantas e muitos animais) e que “podem funcionar como biorreatores para a produção de proteínas”. Como aspectos positivos têm-se o aumento da produtividade, tolerância

das plantas a condições adversas de solo e clima; “aumento na produção de fármacos em plantas e animais geneticamente modificados desponta como um campo imenso de fertilidade”; aumento do potencial nutricional dos alimentos; alta resistência a pragas e insetos; síntese de plástico e outros materiais; redução do uso de agrotóxicos (ALVES, 2004, p. 6-8). Ao lado dos benefícios, os riscos caminham igualmente e livremente. Dentre os principais riscos, Alves (2004, p. 8) destaca: danos às espécies não-alvos; geração de novas plantas daninhas e novas pragas; alteração da dinâmica dos ecossistemas; produção de substâncias tóxicas; perda da biodiversidade; Oligopolização internacional do mercado de sementes; além de questões relacionadas à segurança alimentar.

Por sua vez, ao examinar os cuidados com as nanotecnologias, a União Europeia pela Recomendação 07/02/2008 editou o Código de Conduta e Responsabilidade para Pesquisas em Nanociência e Nanotecnologias (EUROPEAN COMMISSION, 2008) onde são pontuadas as linhas gerais que devem ser observadas nas pesquisas com nanotecnologia, entre as quais destacam-se: o desenvolvimento sustentável, o princípio da precaução, a excelência investigativa; a responsabilidade, proibições, restrições e limitações à pesquisa que envolvem violações de direitos e princípios éticos fundamentais; a proibição de manipular vírus artificiais que possuam potenciais patogênicos; evitar a intrusão de nano-objetos no corpo humano; evitar a inclusão de nanomateriais na alimentação infantil, brinquedos e cosméticos infantis, entre outros. Interessante observar que há a indicação clara de que os Estados membros devem aplicar o princípio da precaução para proteger: i] Pesquisadores (primeiros a terem contato com os nano-objetos); ii] Profissionais; iii] Consumidores; iv] População em geral; v] Meio Ambiente. (EUROPEAN COMMISSION, 2008)

Sob esse olhar, a observância e fidelidade ao princípio responsabilidade sobre a natureza indica que a intervenção técnica do ser humano não pode comprometer a existência de todas as formas de vida e acabar com o meio ambiente natural. Nesse viés, em nome de uma economia baseada no estímulo consumista em resposta ao capitalismo inegável, não é possível “apostar” o presente e o futuro, às vistas da escassez e esgotamento dos recursos naturais e essências à sobrevivência humana e de outras espécies.

O reconhecimento dos riscos e perigos causados pela ação humana nos ecossistemas exige que o direito se aproprie das consequências da sociedade de risco e passe a decidir em cenários em que a ciência ainda não tem respostas. Nesse sentido, o “acontecer” constitucional que assegura o direito ambiental, prescinde do princípio vida, responsabilidade, prevenção e precaução para sua concretude.

4 O SISTEMA DO DIREITO NO COMPLEXO CENÁRIO DE RISCOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS

A partir da reflexão sobre os riscos das novas tecnologias ao meio ambiente, fica dispensável colocar toda a tarefa de perpetuação da existência em legislações, as quais existem a perder de vista e a cada instante vão se tornando defasadas uma vez que o processo legislativo não acompanha os avanços científicos que comprometam a vida, o meio ambiente e a sua adequada manutenção, haja

vista os princípios não possuem força coercitiva.

Por outro lado, nos discursos jurídicos oficiais Simioni (2017, p. 271) percebe um baixo grau de aceitação do Direito em trabalhar com questões de risco. O Direito entende que o risco é um problema da sociologia “da economia, da política, da administração, do *business manager*, quer dizer, o risco, do ponto de vista do direito, é entendido como um problema externo que não diz respeito à sua especificidade decisória.” O Direito ao desprezar o fenômeno do risco e do perigo na decisão jurídica não faz o mínimo esforço para repensar suas práticas e ter presente que o risco é produto de decisões, e o Direito “é a instância que sublima os riscos das decisões da sociedade.” Neste sentido, decisões arriscadas do ponto de vista ambiental, econômico, político, econômico, científico, social, “podem ser judicializadas de modo a transferir a responsabilidade pelo risco de efeitos colaterais a uma instância exterior, soberana e indiscutível — em face dos efeitos da coisa julgada — que é o Judiciário.” (SIMIONI, 2017, p. 272).

Como exemplo de judicialização de riscos das novas tecnologias está a recente decisão de um Tribunal do Júri da Califórnia que condenou a gigante Monsanto da indústria química a pagar US\$ 289 milhões (R\$ 1,1 bilhão) de indenização a um homem com câncer. Entre os argumentos apresentados está o de que a Monsanto sabia que seus herbicidas a base de glifosato eram perigosos e que a empresa falhou ao não alertar os consumidores de agrotóxicos sobre os riscos e perigos à saúde humana (FABRICANTE..., 2018). Ações judiciais sobre riscos dos agrotóxicos aos ecossistemas no Brasil, na grande maioria, são demandadas contra agricultores ou outros empreendedores da cadeia produtiva agroindustrial e de hortifrutigranjeiros, diferentemente do caso americano, quando a demanda foi dirigida à indústria química detentora da patente.

Neste contexto, o princípio vida e o princípio responsabilidade devem estar presentes na concepção de leis e nas decisões dos tribunais sobre novas tecnologias. O Estado Socioambiental de Direito assumido na Constituição de 1988 exige que princípio e legislação caminhem juntos para a concretização de direitos e em especial para perpetuação da vida. Jonas (2006, p. 53) conclama que o estadista, no exercício do governo, tem o dever de exercitar uma sabedoria prudente e estável, “para além da sabedoria única fundadora do legislador”. A natureza em Jonas (2006) é uma responsabilidade humana e sobre ela toda uma ética deve ser pensada. Há uma ruptura com o passado e com o saber disciplinar de cada ciência.

O progresso técnico e sua ambivalência ética é temática igualmente discutida por Jonas. A biotecnologia, biologia sintética, nanotecnologia, DNA recombinante, tecnologia genética trabalhadas neste estudo, são alguns exemplos da brutal transformação dos ecossistemas e que determinam decisivamente as condições ambientais. Dependendo do lugar que se observa, pode-se dizer que o princípio da precaução e o princípio responsabilidade seja utópico demais e que limitaria o avanço da tecnociência. Como Jonas (2006, p. 271) bem exemplifica: podemos “desejá-lo ou temê-lo”. Olhando para os impactos provocados pelas novas tecnologias no meio ambiente “o progresso pode não ser tão desejável (pois a técnica não se justifica como tal, mas apenas pelos seus efeitos)”. Por outro lado, a técnica “partilha com seu criador, a ciência, que se tornou seu gêmeo, a ideia de que o seu movimento autônomo é um fato inequívoco, no sentido de que cada

novo passo seja a superação do anterior.” (JONAS, 2006, p. 271).

Afinal, como refere Jonas (2006, p. 270) “seguir adiante nos desafios do conhecimento é um dever supremo”, a busca pelo conhecimento para além dos estreitos limites de cada área do conhecimento “não é só um direito, mas também um importante dever do sujeito do conhecimento.”

Como a humanidade vai seguir adiante inovando e lançando no mercado novas tecnologias, a sociedade de risco impõe ao sistema do direito tomar decisões no contexto de uma sociedade complexa que se encontra frente ao potencial apocalíptico das novas tecnologias. Isso significa que os riscos não apenas “pressupõe decisões, mas definitivamente também liberam decisões” e apelam para o “reconhecimento da ambivalência”. O que implica uma ruptura, um conflito no interior da modernidade sobre as bases da racionalidade e o autoconceito da sociedade”. É vital “restabelecer as regras e as bases das decisões, as relações de validade e a crítica das consequências imprevisíveis e irresponsáveis (contextualizadas a partir da reivindicação de controle).” (BECK, 2012, p. 22-25). E é nesse novo paradigma do risco que o direito é convocado a decidir.

Simioni (2017, p. 274) destaca que os riscos ambientais intergeracionais exigem decisões que não podem mais se apoiar somente no passado das leis, na doutrina jurídica, na jurisprudência e “nas demais fontes válidas do direito”, bem como, também não podem decidir olhando “somente para o futuro das consequências, das expectativas da opinião pública ou da eficiência econômica”. Decidir sobre risco ambiental exige do sistema do direito “uma espécie de proteção cognitiva especial, uma blindagem operativa recursiva. Ele exige uma orientação da decisão jurídica ao seu próprio contexto organizacional” (SIMIONI, 2017, p.274). Neste contexto, Simioni indica que é preciso considerar que o sistema do direito não está preparado para:

[...] enfrentar seus próprios riscos e perigos, a não ser mediante um isolamento cognitivo baseado em regras metodológicas estritamente formais, que reconstroem a complexidade bruta dos casos e os problemas do mundo prático na forma de uma complexidade estruturada, isto é, na forma dos “casos” jurídicos”. Para os quais, então, a decisão pode decidir com a “segurança” de considerar todas as questões relevantes — mas com o risco sempre presente de considerar irrelevante todo o restante da realidade (SIMIONI, 2017, p. 275).

Não há legislação capaz de esgotar todas as matérias ou que anteveja todas as possibilidades, legislando sobre o futuro (CHAMON JUNIOR, 2009, p. 149). Como já exposto, **há uma profunda mutação das sociedades no** sentido de ter que lidar com a alta complexidade dos riscos ambientais criados pelo acelerado desenvolvimento tecnocientífico em que a crise é uma evidência e decisões interdisciplinares um imperativo. Convergindo à necessidade de interdisciplinariedade, Engelman e Hohendorf (2014, p. 427) proferem que “Tais mudanças profundas no Sistema do Direito se fazem urgentes e necessárias, a fim de possibilitar o seu diálogo com os demais Sistemas, especialmente o Sistema da Ciência.”

A novidade do problema ecológico para o direito em Castanheira Neves (2008, p. 75-76) está em que ele precisa sair do estrito pressuposto antropocêntrico e da restrita intersubjetividade

humana, pressupostos esses que eram suficientes antes do paradigma da sociedade de risco. Dessa maneira, para que a “questão ecológica” tenha uma solução jurídica, Castanheira Neves (2008, p. 77) reflete que é exigido que o “direito abandone de vez os muros e as ruas da (sua) cidade e se esqueça do seu próprio problema”. O que também exigirá alterações “igualmente paradigmáticas ao nível da axiologia e da normatividade para responder adequadamente ao problema ecológico e à responsabilidade que ele convoca” (CASTANHEIRA NEVES, 2008, p. 77). Em síntese, percebe-se que Castanheira Neves também comunga com o ideário de Jonas de uma ética de responsabilidade pelo futuro. Neste sentido, o direito deve significar “verdadeiramente a alternativa humana” e isso exigirá a reconstrução de sentido do direito (CASTANHEIRA NEVES, 2008, p. 81-82)

A simbiose entre ciência e técnica vai seguir assim no futuro. Como se observou, as novas tecnologias abarcam todas as áreas de conhecimento, promovendo gigantescos progressos e sem o devido cuidado e vigilância em relação aos riscos e perigos. As gerações presentes e as gerações futuras são afetadas positivamente e negativamente por aquilo que a técnica libera nos ecossistemas.

CONCLUSÃO

Os riscos e perigos causados pelas novas tecnologias nos ecossistemas passam a exigir que o direito se aproprie das consequências da sociedade de risco e passe a decidir em cenários em que a ciência ainda não tem respostas, ou seja, frente a um futuro aberto e incerto.

E nesse trilhar todos os esforços em prol do acontecer constitucional e do meio ambiente, são de grande valia, tanto à ciência, quanto à tecnologia e à regulação (legislação, princípios e demais fontes do direito) são eficazes na preservação ambiental e no cuidado com a saúde e possuem papel fundamental, sendo, portanto, imprescindível essa união de esforços interdisciplinar.

Sobretudo os princípios possuem papel primoroso nesse caminhar, o “princípio responsabilidade” proposto por Jonas (2006) e a “teoria dos deveres em relação à natureza” de Ferry (2009) em busca da “ecologia democrática” (JONAS, 2006, p. 221) representam a perpetuação da vida no planeta Terra, e por assim dizer, deve ter mais que poder coercitivo e sim ser condição de possibilidade para os direitos fundamentais da espécie humana e de todas as demais espécies, todos sujeitos de direitos. Por consequência, o princípio responsabilidade deve estar presente na concepção de leis e nas decisões dos tribunais sobre matéria ambiental.

Aqui a interdisciplinariedade exerceria salutar importância eis que seria atinente à revisão e atualização de leis, em especial sobre novas tecnologias, que deveriam impreterivelmente ser elaboradas, examinadas e revisadas por profissionais das mais diversas áreas do conhecimento envolvidas e capacitadas para tanto, envolvendo, pois, impreterivelmente ciência, tecnologia e legisladores. Não se quer dizer que o avanço da tecnociência deve ser obstado. Longe disso, o que se quer mostrar é que progresso requer um olhar cuidadoso para a gestão de riscos.

Isso posto, diante da insuficiência de respostas adequadas da estrutura do sistema jurídico atual aos desafios concretos dos riscos ambientais das novas tecnologias, é imperativo o acontecer

constitucional e ambiental, restando esse como desafio real e iminente, fazendo, para tanto, uso dos princípios pertinentes, como o princípio vida, o princípio responsabilidade e o princípio da precaução frente ao dano e risco ambiental, efetivando tal aplicação por meio do diálogos interdisciplinares, à medida que a cientificidade contribui para o desenvolvimento de metodologias de gestão de riscos.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Gilcean Silva. A biotecnologia dos transgênicos: precaução é a palavra de ordem. *HOLOS*, Natal, Ano 20, v. 2, out. 2004. Disponível em: <http://www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/view/33/34>. Acesso em: 8 jul. 2020.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: Política, tradição e estética na ordem mundial moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 11-72.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*. Tradução de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós Iberoamérica, 2008.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomos. *Proteção do ambiente e direito de propriedade*. (Crítica de jurisprudência Ambiental). Coimbra: Coimbra, 1995.
- CARRER, Helaine; BARBOSA, André Luiz; RAMIRO, Daniel Alves. Biotecnologia na agricultura. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 24, n.70, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142010000300010&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 8 jul. 2020.
- CARVALHO, Délton Winter de. Direito e ambiente. *Revista do Ilda*, Porto, Ano I, n. 1, out./dez. 2008.
- CASTANHEIRA NEVES, António. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *O direito e o futuro: o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1-73.
- CGM - CENTRO DE GENÉTICA MOLECULAR. *O que são transgênicos?* Belo Horizonte: CGM, 2016. Disponível em: <http://www.cgm.icb.ufmg.br/oquesao.php>. Acesso em: 28 set. 2018.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CORTE, Thaís Dalla; CORTE, Tiago Dalla. As transações de água virtual promovem a justiça ambiental? *Revista de Direito e Sustentabilidade*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 20-35, jul./dez. 2016.
- ENGELMANN, Wilson; HOHENDORFF, Raquel Von. Os “*compliance programs*” como uma

alternativa à gestão empresarial para lidar com o direito à informação do consumidor e os riscos trazidos pelas nanotecnologias. In: ROVER, Aires José; CELLA, José Renato Gaziero; AYDA, Fernando Galinda (org.). *Direito e novas tecnologias*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. 1, p. 417-433.

ESCALANTE, José Manuel de Cózar. Princípio de precaución y medio ambiente. *Rev. Esp. Salud Pública*, v.79, n. 2, p. 133-144, mar./abr.2005. Disponível em: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272005000200003. Acesso em: 8 jul. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. *Commission recommendation on a code of conduct for responsible nanosciences and nanotechnologies research*. Bruxelas: European Commission, 2008.

FABRICANTE de agrotóxicos é condenada a pagar mais de R\$ 1 bilhão a americano que teve câncer. BBC, Portugal, 11 ago. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45155440>. Acesso em: 8 jul. 2020.

FERREIRA, Leila Costa. O desafio das mudanças ambientais globais no Antropoceno. In: FERREIRA, Leila Costa (org.). *Os desafios das mudanças climáticas: o caso Brasil e China*. Jundiaí: Paco Editorial, 2017. Cap. 1.

FERRY, Luc. *A nova ordem ecológica: a árvore, o animal e o homem*. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

FOLADORI, Guillermo; INVERNIZZI, Noela. La regulación de las nanotecnologías: una mirada desde las diferencias EUA-EU. *Vigil. Sanit. Debate*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 8-20, 2016.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; EdPUC-Rio, 2006.

JONAS, Hans. *O princípio vida: fundamentos para uma biologia filosófica*. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2004.

JONAS, Hans. *Técnica, medicina e ética: sobre a prática do princípio responsabilidade*. São Paulo: Paulus, 2013.

KISS, Alexandre; SHETON, Dinah L. *Guide to international environmental law*. GWU Law School Public Law Research Paper, Washington, DC, n. 347, p. 204, 2007. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012092. Acesso em: 8 jul. 2020.

KLOEPPER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência Jurídica. In: SARLET, Ingo (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LARRÈRE, Catherine. “Le contexte philosophique du principe de précaution”. In: LEBEN, Charles; VERHOEVEN, Joe (org.). *Le principe de précaution: aspects de droit international et communautaire*. Paris: Panthéon-Assas, 2002. p. 15-28.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim

Gomes; LEITE, José Rubens (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. O Estado de Direito Ambiental e particularidade de uma hermenêutica jurídica. *Sequência*, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 291-318, 2010.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. 7. ed. Porto Alegre: verbo Jurídico, 2013.

MINASSA, Pedro Sampaio. A incógnita ambiental do princípio da precaução. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 8, n. 1, p. 158-189, 2018. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/4982/3348>. Acesso em: 8 jul. 2020.

OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PARETO JUNIOR, Lindener; POLONE, Fernanda Blumel; SANTOS, Gabriela; ZACARIAS, Kaique; SILVA, Lucas Diego Ganzella; ELIAS, Samuel Augusto. O Brasil e o mundo na época do Antropoceno: breve história de uma humanidade (in) sustentável. *Cad. Fê e Cultura*, Campinas, v. 2, n. 1, p. 97-101, jan./jun., 2017. Disponível em: <http://periodicos.puc-campinas.edu.br/seer/index.php/cadernos/article/view/3947/2444>. Acesso em: 8 jul. 2020.

PAUL, Wolf. A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do Direito Ambiental. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PEBORGH, Ernesto Van. *Redes: o despertar da consciência planetária*. São Paulo: DVS Editora, 2013.

RIECHMANN, Jorge. Introducción al principio de precaución. In: ORTEGA GARCÍA, J. A.; NAVARRETE MONTOYA, A.; FERRÍS I TORTAJADA, J. (ed.). *El cáncer, una enfermedad prevenible*. Murcia: FFIS, 2007. Disponível em: <http://istas.net/descargas/Introducci%C3%B3n%20al%20Principio%20de%20Precauci%C3%B3n.%20Jorge%20Riechmann.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2020.

RUDDIMAN, William F. *A terra transformada*. Porto Alegre: Bookman, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Jossan Borba Gomes; PAULILLO, Luis Cesar Maffei Sartini. Biologia Sintética: possibilidades e desafios. *Revista da Biologia*, São Paulo, v. 14, n.1, p. 33-39, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revbiologia/article/view/109144>. Acesso em: 8 jul. 2020.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*.

Fortaleza, v. 37, n. 1, p. 259-279, jan./jun. 2017.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. In: LEITE, José Rubens Moratto; DANTAS, Marcelo Buzaglo (org.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 230-273.

SUSTEIN, Cass R. Para além do princípio da precaução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 11-71, jan./abr. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8629/7373>. Acesso em: 8 jul. 2020.

TICKNER, Joel. Un Mapa hacia la toma de decisiones precautoria. In: RIECHMANN, Jorge; TICKNER, Joel (coord.). *El principio de precaución: en medio ambiente y la saude publica: de las definiciones a lá práctica*. Barcelona: Icaria, 2002.

VANCE, Marina E.; KUIKEN, Todd; VEJERANO, Eric P.; MCGINNIS, Sean P.; HOHELLA JUNIOR, Michael F.; REJESKI, David; HULL, Matthew S. *Nanotechnology in the real world: redeveloping the nanomaterial consumer products inventory*. *Beilstein Journal of Nanotechnol*, Frankfurt, n.6, p.1769-1780, 2015.

Como citar: WARTHA, Patrícia Maino; HUPFFER, Haide Maria. Em busca da efetivação do Direito Constitucional Ambiental: Novas tecnologias e os riscos ambientais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 48-70, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 48. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 05/08/2016.

Aprovado em: 07/17/2020.

TRIBUTAÇÃO E PROPRIEDADE: UMA ALTERNATIVA AO ADMIRÁVEL MUNDO NOVO

TAXATION AND PROPERTY: AN ALTERNATIVE TO THE BRAVE NEW WORLD

André Felipe Canuto Coelho*
Bruna Estima Borba**

*Professor dos cursos de Mestrado e de Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã – ARIC (Recife-PE, Brasil). Possui Doutorado em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Mestrado e Graduação em Direito pela UFPE, Especialização e Graduação em Economia pela UFPE. É Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil. E-mail: afccbpg@hotmail.com

**Professora Adjunta de Direito Tributário e de Direito Financeiro da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora da Faculdade Damas da Instrução Cristã em Recife. Possui doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. É graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2000), em Engenharia Mecânica pela Universidade Federal de Pernambuco (1982), possui mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004) e especialização em Economia pela mesma Universidade. É auditora fiscal da Receita Federal do Ministério da Fazenda aposentada. E-mail: brunaestimaborba@gmail.com

Como citar: COELHO, André Felipe Canuto; BORBA, Bruna Estima. Tributação e propriedade: uma alternativa ao admirável mundo novo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 71-86, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3 p. 71. ISSN: 1980-511X

Resumo: Este artigo pretende apresentar uma alternativa para a questão da legitimidade da tributação. No contexto do Estado fiscal social de direito capitalista e em que o direito à propriedade privada é juridicamente reconhecido e protegido, propõe-se que o pagamento dos tributos deva corresponder à parcela do patrimônio social em relação ao qual o particular é mero depositário, sendo efetivamente privada apenas a parcela pós-tributária dos bens e rendas do contribuinte. A tributação se legitima conseqüentemente pela constatação de que a propriedade efetivamente privada é, somente, a propriedade pós-tributária. Essa concepção opõe-se à ideia de que o pagamento de tributos deriva de um dever de solidariedade ou de uma retribuição contraprestacional a que o indivíduo se submete para viver em determinada sociedade. Espera-se que esta análise lance nova luz sobre o fundamento de legitimidade da tributação ou que ao menos sirva de ponto de partida para a formação de um admirável mundo novo em que Estado e liberdade convivam em harmonia.

Palavras-chave: Tributação. Patrimônio social. Propriedade privada pós-tributária.

Abstract: This paper presents an alternative to the question: is taxation legitimate? From the context of the social fiscal State where capitalist law guarantees the right to property, which is legally recognized and protected, this study proposes that tax payment should correspond to a portion of the total patrimony in which the individual is a mere depositary. An individual's private assets would, thus, be the post-tax portion of their income

and assets. From this perspective, taxation is legitimate because private property would only be post-tax property. Strikingly, this conception is opposed to the idea that tax payments derive from a duty of solidarity or a causal retribution to which the individual submits himself in order live in society. This research hopes to shed new light on the legitimacy of taxation or, at least, serve as a starting point for the formation of a brave new world in which state and freedom live in harmony.

Keywords: Taxation; social patrimony; post-tax private property.

INTRODUÇÃO

Em 1932, Aldous Huxley publica seu “Admirável mundo novo”, em que descortina o funcionamento de uma distopia, uma sociedade lastreada em controles sócio-metabólicos e com papéis sociais pré-determinados. Ali, um Estado mundial manipula seus cidadãos para acreditar que seus objetivos e crenças são o de todos (KEISMAN, 2016, *passim*).

Ao procurar investigar a correlação entre os fenômenos da tributação e da propriedade privada, este artigo encontra uma alternativa à manipulação do Estado mundial de Huxley. A questão proposta diz respeito à legitimação da imposição tributária: qual a razão pela qual o Estado pode exigir tributos dos cidadãos e qual o motivo que os obriga a pagá-los transferindo para o ente parte de sua propriedade privada?

Essa indagação é abordada no contexto do Estado fiscal social de direito, economicamente capitalista.

A resposta considerada válida admite que em um Estado voltado para o bem comum o pagamento de tributos é associado ao exercício de liberdade, isto é, à decisão do indivíduo de ceder parte de sua propriedade privada para o Estado. A legitimação da tributação derivaria, portanto, do próprio pertencimento a determinada coletividade.

Esse artigo busca encontrar resposta alternativa para essa questão.

Defende-se que os tributos podem ser exigidos e devem ser pagos por haver, no conjunto de rendas e bens juridicamente convencionados como propriedade privada, uma parcela originariamente pertencente ao Estado. Tal parcela corresponde às provisões estatais preexistentes ao esforço individual que concorreram, direta ou indiretamente, para que o particular tenha logrado obter suas rendas e bens. Dessa forma, somente pode ser considerada privada a parcela das rendas e bens pós-tributários.

A formação do patrimônio social como o conjunto de bens pertencentes aos âmbitos público e privado juridicamente estabelecidos abrange a parcela dos bens pré-tributários dos particulares.

A perspectiva tributária proposta é, portanto, diversa da tradicionalmente concebida: não é o indivíduo que cede parte de sua liberdade de possuir bens privados para o Estado sob a forma de tributos. O cidadão nada cede. A parcela da propriedade privada que verdadeiramente lhe pertence é a parcela líquida ou pós-tributária.

Tal conclusão equaliza as inúmeras discussões acerca das razões que levariam o homem a abrir mão de sua liberdade: seria um dever de retribuir às prestações estatais recebidas ou corresponderia a um dever de solidariedade social para com seus concidadãos? Tais indagações, ainda que relevantes no que concerne à teoria da tributação - pois deram ensejo às teorias do benefício e do sacrifício surgidas ainda na Idade Moderna e até hoje objeto de estudos, têm sua aplicabilidade apenas como critério de repartição do ônus da tributação sobre rendas e bens, mas não como justificativa para a exigência dos tributos.

No primeiro capítulo se investiga o fenômeno da tributação e as conhecidas formas de repartição do ônus de financiar o Estado a partir da imposição aos cidadãos como resultado de

um dever, seja decorrente da solidariedade social, seja da devida contraprestação pelos serviços estatais recebidos.

No segundo capítulo procura-se compreender o fundamento de legitimidade da tributação, considerando-se que o pagamento de tributos atinge diretamente a propriedade privada por suprimir parte dela em favor do Estado.

Espera-se caminhar ao encontro do fundamento de legitimidade da exigência dos tributos pelo Estado a partir de uma trilha formada pelas seguintes proposições: (i) o reconhecimento da existência de um patrimônio social como o conjunto de bens pertencentes aos âmbitos público e privado; (ii) a compreensão de que os bens juridicamente estabelecidos como privados abrangem os bens pré-tributários dos particulares; (iii) o entendimento de que parte dos bens privados pré-tributários é essencialmente pública em razão da participação estatal em sua existência; (iv) a aceitação de que os tributos são devidos na proporção da parcela dos bens pré-tributários em relação aos quais o particular é mero depositário em razão de tal parcela haver sido fruto de esforços estatais anteriores ou concomitantes; (v) o estabelecimento do conceito de propriedade efetivamente privada como a parcela pós-tributária dos bens e rendas do contribuinte.

Espera-se que tal concepção permita a convivência harmônica entre os fenômenos da propriedade privada e da propriedade pública, do individualismo e do bem comum, e do interesse particular e do interesse público. Um admirável mundo novo em que Estado e liberdade convivam em harmonia.

1 HÁ UM DEVER DE PAGAR TRIBUTOS?

A indagação sobre a justiça fiscal envolve dois âmbitos de investigação (SANCHES, 2010, p. 19-41): Quais prestações estatais devem ser fornecidas pelo Estado aos cidadãos? Quem deve financiar tais prestações?

Por fugir ao escopo deste artigo, diversos conceitos prescindiram de exame, restando a opção de indicar o sentido adotado para sua conceituação. Dessa forma, tem-se por Estado *la organización jurídica coercitiva de una determinada comunidad* (ABBAGNANO, 1996, p. 448), por bem comum “o conjunto de todas as condições de vida social, que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana” (JOÃO XXIII, 1963, item 58), por liberdade “o domínio do homem sobre sua consciência” (REALE, 1994, p. 219) e por propriedade “a condição em que se encontra a coisa que pertence, em caráter próprio e exclusivo, a determinada pessoa” (DE PLÁCIDO E SILVA, 2008, p. 1117). Esse esforço de simplificação não pretende diminuir a importância dos temas abordados que merecem, e mereceram, valiosos estudos acerca da formação do conceito de Estado (LOCKE, 1994), do que seja bem comum (SEN, 2013), da liberdade como elemento integrante da natureza humana (KANT, 1989) e do fenômeno da propriedade (PROUDHON, 1975).

A lógica da tributação atribui a cada um dos membros da coletividade o dever de contribuir para o financiamento do Estado (MONTESQUIEU, 2000, p. 221) partindo do pressuposto do pacto social anteriormente firmado para formação e manutenção do Estado (ROUSSEAU, 2001,

p. 9-10).

Seguindo esse entendimento, o compromisso do cidadão para com o Estado teria se estabelecido a partir da parcela de liberdade que ele teria cedido para viver sob sua proteção.

Se cabe aos Estado prover prestações sociais que, de forma difusa, são usufruídas por todos, então cabe ao conjunto de cidadãos o dever fundamental de pagar tributos com base na solidariedade que deve haver entre os membros de uma coletividade. O pagamento de impostos – tributos não vinculados e não contraprestacionais – representaria o cumprimento desse dever. A esse pensamento se costuma denominar teoria do sacrifício, visto que todos pagam sem saber se, e quantas, prestações estatais irão efetivamente receber (NABAIS, 1998, p. 442-448).

De outro lado, há quem negue parcialmente esse compromisso, considerando-se livre para não pagar por prestações difusas. Nesse caso, caberia ao indivíduo assumir a autotutela relativamente a diversas fruições – previdência, saúde e educação, por exemplo – em substituição à proteção estatal. Essa concepção é própria do século XIX (THOREAU, 1968, p. 34). Segundo esse pensamento, somente as prestações contraprestacionais – causais, bilaterais ou sinalagmáticas – representadas costumeiramente pelas taxas, seriam exações possíveis de serem exigidas do cidadão.

Além disso, entre outras visões do fenômeno da tributação há a que o considera mero mecanismo de dominação de classes (O'CONNOR, 1977, p. 203).

De fato, o tributo tem sua origem na servidão, seja a título de dominação de um povo por outro, seja pela criação de estamentos sociais que vêm legitimar a exploração no seio de um mesmo povo (VANONI, 1932, p. 16). Não fossem suficientes os fatos históricos, no plano das ideias a associação da tributação à rapinagem foi mencionada desde a Idade Média (AQUINO, 1944-1949).

E mesmo a história da humanidade pode ser contada por meio da história dos tributos (ADAMS, 2001; WEBBER; WILDAVSKY, 1986) e dos diferentes perfis ou desenhos ou ainda sistemas de repartição do ônus tributário (SLEMROD; BAKIJA, 2004).

O mais primitivo critério de distribuição dos encargos da tributação foi a repartição, pela qual se fixava o total a ser arrecadado cabendo aos particulares entregar ao representante do Estado o valor estipulado, como praticavam as *Fermes Générales* francesas (BALEEIRO, 2006, p. 211) e a Coroa portuguesa no Brasil Colônia por meio da derrama (O QUINTO..., 2010).

A repartição foi substituída pela quotidade em que o critério, e não o valor, da oneração era estabelecido, sendo o valor final da receita arrecadada variável (BALEEIRO, 2006, p. 212). A quotidade pode ser quantificada por meio de tributos fixos ou proporcionais, orientando-se por uma ou por uma combinação das teorias ou princípios: (i) teoria da capitação em que por cada um é devido um valor fixo a título de tributo; (ii) teoria do benefício, segundo a qual o cidadão deve retribuir ao Estado os serviços por ele recebidos; e (iii) teoria do sacrifício, pela qual todos devem financiar o Estado de acordo com sua capacidade de fazê-lo (PEREIRA, 2009, p. 66; SAMUELSON, 1979, p. 176-177; SELIGMAN, 1913, p. 4; SCHOUERI, 2005, p. 117; TIPKE; LANG, 2002, p. 33).

A teoria do benefício ignora que diversas atuações estatais são de natureza difusa – como a segurança externa e a interna, a prestação jurisdicional e a própria manutenção do direito de propriedade – cuja fruição não é identificável e, portanto, não podem ser custeadas por tributos contraprestacionais (SOUSA, 1975, p. 130). Por essa razão, sua implantação sob forma pura foi esquecida há pelo menos dois séculos.

Isso se deveu principalmente pela inscrição nas Constituições modernas de direitos humanos alçados, portanto, à condição de direitos fundamentais (HOMEM, 2014, p. 15-16). Os tributos passaram a servir não apenas à sua função fiscal arrecadatória mas a caminharem ao encontro de tais direitos inicialmente de titularidade individual, em seguida de titularidade coletiva e enfim aos chamados direitos sociais. Seguindo essas dimensões de direitos os tributos assumiram, a *pari passu* (BORBA, 2012, p. 490-516), feição extrafiscal distributiva visando à realização da justiça.

Todavia, a escolha da teoria do sacrifício não solucionou o problema proposto pois era (e ainda é) preciso discernir acerca da base tributável: o estoque de riqueza – o patrimônio acumulado – ou o fluxo de riqueza – a renda auferida – ou o consumo realizado?

De toda forma, a tributação ideal associada à eficiência, como priorizava Adam Smith (1988, p. 99-101) em 1776 por meio de seus quatro cânones, e ao mesmo tempo associado à justiça (SANCHES, 2010, p. 19-27) permanece em aberto. O esforço para definir uma estrutura tributária considerada socialmente justa e ao mesmo tempo economicamente viável empreendido por pesquisadores como Kaldor (1955), Hall e Rabuschka (1995) e Piketti (2014) tem se assemelhado a um trabalho de Sísifo.

Em qualquer caso, a exigência de impostos é atualmente associada à solidariedade social sob argumento de conter em si mesma a concepção de prestações difusas próprias do Estado fiscal social de direito. Dessa forma, todos os concidadãos devem contribuir para o financiamento do Estado e, partindo-se dessa premissa, passa-se a investigar os critérios de distribuição do ônus desse financiamento.

Ao longo do século XX, a ideia de solidariedade e sua medida tributária, a capacidade contributiva, tornaram-se a panaceia para as reclamações contra a exigência e repartição do ônus dos tributos e, conseqüentemente, passou a fundamento de legitimidade da questão tributária (não se examinam aqui outras justificativas ligadas à extrafiscalidade, como os tributos sobre o comércio exterior e os chamados tributos verdes).

Como consequência, a adoção de tributos diretos exigidos conforme a capacidade contributiva tentou remediar, no século passado, a injusta repartição do ônus da tributação decorrente dos tributos indiretos (MUSGRAVE, 1965, p. 43).

No contexto de uma sociedade repleta de prestações estatais difusas – a exemplo da segurança externa e interna, da jurisdição, da proteção ao meio ambiente – ao lado de outras cujo beneficiário é identificável – saúde, assistência, previdência e educação –, a solidariedade parece efetivamente ser o fundamento do dever de pagar tributos. Essa construção das ideias levou à conclusão de que, em tais sociedades, deve vigorar a teoria do sacrifício baseada na solidariedade.

Porém, pensando melhor, é crível que o cidadão, ao observar seu conjunto de seus bens e

rendas, abra mão de parte de sua liberdade de dispor de sua propriedade privada em um impulso de solidariedade?

Tudo indica que não.

Autores como Tipke e Lang (2002, p. 112-125) e Burg (2004, p. vi) já escreveram sobre a revolta implícita ou explícita dos cidadãos contra a tributação na atualidade e nos milênios da história da humanidade.

A razão para legitimar a exigência dos tributos não parece residir em um sentimento interno e espontâneo do ser humano de ceder parcelas de sua propriedade, isto é, de restringir sua liberdade de ser proprietário.

Há aproximadamente vinte anos, o ganhador do Nobel Amartya Sen (2013, p. 359-378) defendeu que a busca pelo desenvolvimento humano é a busca por liberdades, ou seja, por dotações de capacidades de escolha em uma e para uma vida valorizada pelo indivíduo. São as chamadas de liberdades substantivas ou materiais representando uma série de oportunidades, como educar-se e dispor de assistência à saúde. Tendo sido dotado de tais liberdades substantivas, caberá a cada um fazer delas o uso que lhe aprouver, exercendo a escolha sobre o que fazer com sua própria educação e saúde.

Um ser sem possibilidades de escolha não pode exercer qualquer liberdade substantiva. Afinal, pode-se escolher ouvir o Noturno Op. 9 nº 2 de Chopin quando se passa fome? Construir uma sociedade capaz de fornecer liberdades substantivas significa desenvolver-se e, para isso, é necessário que o Estado seja capaz de produzir e manter tais liberdades concretamente.

Por que, então, deve um indivíduo pagar tributos e, principalmente, pagar impostos que serão usados para criação e sustento de liberdades substantivas de terceiros?

Em que pese o argumento, a legitimação dos tributos não parece residir internamente no homem. Dificilmente se encontrará alguém que, de forma livre e espontânea, deseje perder parte de sua liberdade da qual se entende titular absoluto em nome do fornecimento de liberdades substantivas para outros.

Não obstante existir um dever jurídico legal de pagar tributos, não parece haver um dever legítimo de pagar tributos, quer baseado na solidariedade quer na retribuição, a partir da cessão de parte dos bens privados para o Estado.

Deve-se buscar, portanto, outro fundamento de legitimidade para a exigência dos tributos. O fundamento de legitimidade da tributação deve residir, portanto, externamente ao próprio homem, em um conceito que não faça parte de sua essência como o são a liberdade e a solidariedade.

A legitimação dos tributos deve ser buscada considerando-se a existência de um patrimônio social, isto é, um conjunto de bens pertencentes aos âmbitos público e privado juridicamente estabelecidos, em correlação com a propriedade efetivamente privada.

Enfim, não há um dever de pagar tributos. Há um reconhecimento de que a propriedade privada, na condição pré-tributária, contém parcela de bens e rendas do próprio patrimônio social da qual o indivíduo é mero depositário.

O pagamento de tributos consistiria, assim, na reposição ao Estado da parcela do patrimônio

social sob a posse do cidadão. A tributação se legitimaria, conseqüentemente, pela constatação de que a propriedade efetivamente privada é, somente a propriedade pós-tributária.

2 A PROPRIEDADE PRIVADA COMO O CONJUNTO DE RENDAS E BENS PÓS-TRIBUTÁRIOS

A propriedade privada tem origem nos primórdios da civilização, sendo parte da liberdade de que é dotado o ser humano relativamente à posse, ao desfrute e à disposição de bens.

Este artigo não pretende examinar as origens da propriedade privada. É da essência do ser humano (PROUDHON, 1975). É fruto do egoísmo que possibilita a exploração de classes (ENGELS, 2012)? É fenômeno voltado à maximização das possibilidades de sobrevivência da humanidade (MILL, 2000)?

Essa discussão explicita a tensão existente entre o público e o privado. De um lado, são invocados os direitos humanos, entre eles o direito de ser proprietário, como expressão da autodeterminação moral individual que limita o poder estatal. De outro, defende-se que a autodeterminação da comunidade política soberana constrói tais direitos podendo abranger, ou não, o direito à propriedade privada (CAVALCANTI, 2014, p. 240).

Neste artigo, parte-se do direito à propriedade privada jurisdicionado. Previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e nas Constituições brasileiras desde a imperial de 1824 à atual de 1988, nesta no rol dos direitos fundamentais. Assume-se a função social da propriedade privada, igualmente prevista na Carta de 1988 (MAXIMILIANO, 2005, p. 718) como princípio a se ponderar em relação ao próprio direito de propriedade (MALUF, 2005, p. 76-77).

Por fugir aos objetivos deste artigo, não se analisará a propriedade enquanto instituto (GOMES, 1988, p. 90-100), adotando-se o conceito jurídico de propriedade como “a condição em que se encontra a coisa que pertence, em caráter próprio e exclusivo, a determinada pessoa” (DE PLÁCIDO E SILVA, 2008, p. 1117).

Reconhece-se, simplesmente, que a propriedade privada existe, afastando-se a defesa da propriedade coletiva ou a propriedade Estatal dos bens e dos meios de produção.

Assim, longe de confrontá-la, este artigo pretende, ao contrário, reafirmá-la. A propriedade privada é uma convenção juridicamente estabelecida (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 11) e um dado para a realidade *sub examine*.

Talvez por ser o homem de fato um grande egoísta, cada um de nós acredita que as rendas que ganhamos e os bens que adquirimos nos pertence integralmente, antes da incidência dos tributos (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 120).

Será de fato assim? Será que o indivíduo, ainda que o direito, por necessidade de ordenação e pacificação social, o tenha definido como proprietário particular de seus bens, somente é proprietário de uma fração desses bens?

Será que o direito de propriedade apenas faz sentido nas relações entre particulares reciprocamente considerados? Será que a relação jurídica – ser o proprietário de um bem frente a

todos os demais não proprietários sob proteção do Estado – corresponderá à realidade quando no outro polo da relação estiver o Estado?

Pode-se responder afirmativamente a essas indagações ressaltando, contudo, a propriedade em sua condição pós-tributária.

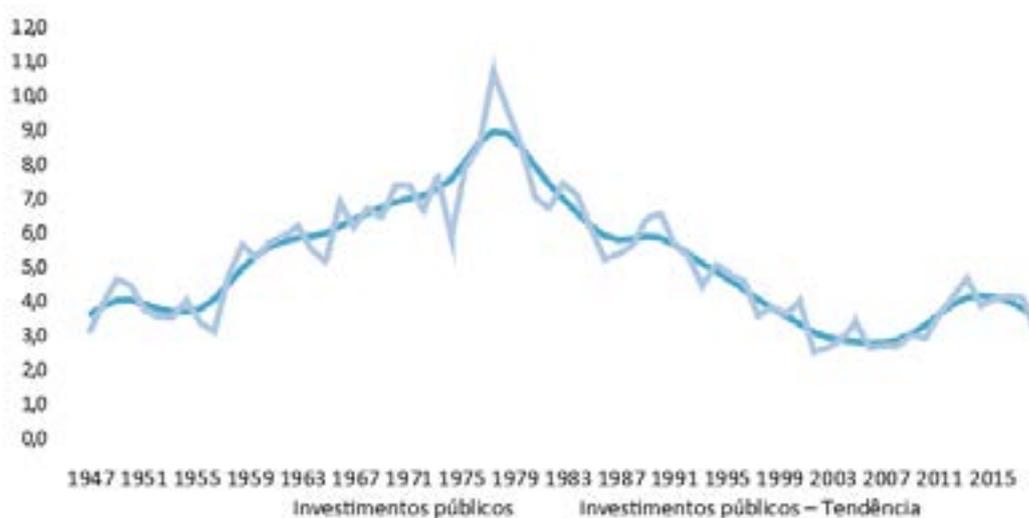
Concluindo, não se trata de retirar da propriedade privada sua natureza de direito subjetivo. Ele existe, porém unicamente em relação à propriedade pós-tributária. As repostas propostas consideram que o patrimônio total de uma coletividade mensurado economicamente Produto Interno Bruto (MANKIWI, 1999, p. 482) formam um patrimônio social.

Consideram aditivamente que os bens da natureza – o sol, o mar, os rios, os ventos, os espécimes minerais, vegetais e animais – assim como os bens produzidos pelo homem, pertencem apenas parcialmente à pessoa individual e juridicamente indicada como respectiva proprietária. Tais bens compõem o conjunto de dotações que o universo destinou para a humanidade conjuntamente considerada. O agricultor sabe que seu cultivo requer o concurso da luz solar, astro pertencente a todos conjuntamente. Seu patrimônio pré-tributário é, portanto, composto por propriedade da qual ele é mero depositário. Somente o patrimônio pós-tributário corresponde verdadeiramente à sua propriedade privada, ainda que o direito tenha convencido considerar todo seu patrimônio pré-tributário como tal.

Deixando de lado a dotação universal dos bens da natureza que é patrimônio de todos e de ninguém individualmente, a mensuração da propriedade efetivamente privada frente ao patrimônio social pode ser estabelecida por meio da participação do Estado na sua formação.

De modo exemplificativo, os dados publicados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA (ORAIR, 2016, p. 13) permitem analisar a participação dos investimentos públicos na formação da riqueza do Brasil durante cerca de setenta anos espelhada no gráfico abaixo:

Gráfico 1 - Investimentos públicos (1947-2015), em participação percentual do (PIB)



Fonte: Orair (2016, p. 13).

Esses dados consideram o total de investimentos do governo nas três esferas federativas

e nas empresas estatais federais, mensurados pelo total da aquisição líquida de ativos físicos, excluídos os subsídios do Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDES) às empresas privadas ou para o programa Minha Casa Minha Vida, as capitalizações de empresas estatais, as aquisições de imóveis não relacionados a uma obra e as transferências de capital que financiam investimentos dos entes subnacionais.

Vê-se que houve maior participação do setor público na época do regime militar, a partir do que apresentou tendência declinante, retomando a partir de 2007. Constata-se, entretanto, que o Estado esteve permanentemente presente na formação da riqueza do Brasil ao longo de mais cinquenta anos, ainda que haja oscilado entre cerca de 3% e 9% do PIB, como se observa no gráfico.

A alocação de tais investimentos, assim como as razões de suas causas e consequências não são objeto de análise neste artigo, por fugirem a seu objetivo que é o de demonstrar que a propriedade, soma da propriedade pública estritamente falando e da propriedade privada, compõe um conjunto a que se dá o nome de patrimônio social.

Pode-se afirmar, portanto, que, entre 3% e 9% do patrimônio social correspondente à infraestrutura do País foram financiados pelo Estado. Esse patrimônio estimula e possibilita a geração de riqueza pelo setor privado que o utiliza.

Ao lado dos já mencionados bens da natureza, os indivíduos e suas empresas se beneficiam do saneamento, das vias públicas, da iluminação, enfim, de todos os bens produzidos pelo esforço público. Eles viabilizam a formação e o crescimento da riqueza privada ao lado do esforço individual de cada um.

Todavia, as pessoas e as sociedades empresárias não os contabilizam em seu ativo imobilizado, nem tampouco eles são registrados nas declarações das pessoas físicas. Dessa forma, o patrimônio social não compõe a fonte de geração da riqueza privada, cujos proprietários não se dão conta de que parte dela foi criada a partir do que é público por origem.

Conclui-se que o pagamento de tributos não retira parte do patrimônio do particular para custear o Estado sob fundamento de um dever de solidariedade (teoria do sacrifício) ou de retribuição (teoria do benefício).

Há gastos cujo beneficiário é, de forma difusa, toda a coletividade, tal como despesas relativas à proteção ambiental. Não se pode negar que o meio ambiente, com tudo nele contido (a terra, os rios e lagos, a atmosfera e o ar, a luz do sol), é fator de produção por meio do qual é gerada a propriedade privada. Por essa razão, a aplicação de recursos públicos em obras de saneamento básico, no manejo de bacias hidrográficas, na dessalinização de água entre outros deve ser considerada uma parcela da riqueza nacional que é, indiretamente, apropriada pelos particulares. O quadro (MOURA *et al.*, 2017, p. 53) abaixo apresenta os gastos federais destinados à preservação e proteção do meio ambiente nos anos de 2016 a 2019 previstos no Plano Plurianual (PPA), Lei nº 13.249/2016 que definiu as diretrizes, objetivos e metas para o quadriênio 2016 a 2019:

Quadro 1- Programas temáticos do PPA na área ambiental executados pelo MMA (2016-2019)

Programa temático (código/descrição)	Órgãos responsáveis	Despesa global (R\$ mil)
2084 - Recursos hídricos	MMA, Ministério da Integração Nacional (MI) e Ministério de Minas e Energia (MME)	21.104.944
2050 - Mudança do clima	MMA e Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC)	2.553.052
2078 - Conservação e uso sustentável da biodiversidade	MMA	2.890.007
2083 - Qualidade ambiental	MMA e Ministério do Trabalho e Emprego (MTE)	513.853
Total		27.061.856

Fonte: Moura et al. (2017, p. 53).

Dado que o PPA refere-se a um período de quatro anos, pode-se estimar que os gastos ambientais no período representam aproximadamente 0,11% do PIB nesse mesmo período de quatro anos, considerando-se o PIB de 2016 no valor de R\$ 6,266 trilhões (IBGE, 2016, p. 4). A participação das despesas públicas ambientais no PIB é igual à despesa global ambiental no quadriênio, dividida pelo PIB acumulado no quadriênio (R\$ 27.061.856.000,00 / R\$ 25.266.000.000.000,00) resultando em um percentual de cerca de 0,11%.

Nesse mesmo sentido estão as conclusões relativas à década anterior em que se concluiu que o gasto federal voltado para a proteção ambiental se situou em torno de 0,4% e 1% do PIB (CEPAL, 2002, p. 46).

Certamente, em breve estarão disponíveis dados que possam demonstrar com mais clareza a participação do Estado na propriedade privada pela via ambiental a partir da apuração do PIB Verde, ou Produto Interno Verde (PIV) mensurando o patrimônio ecológico nacional a ser divulgado pelo IBGE nos termos da Lei nº 13.493/2017.

Essas informações visam a corroborar o pensamento de que parte da propriedade juridicamente considerada privada é pública, compondo o patrimônio social, pois todos os bens que pertencem ao indivíduo se originaram, em parte, de esforços do Estado sem olvidar aqueles devidos à iniciativa e empenho do próprio cidadão.

Nesse contexto, a ideia de carga tributária pode representar o percentual de bens privados pré-tributários que corresponde ao patrimônio social. A carga tributária é conceituada como a parte do rendimento nacional que, através dos tributos, “é transferido das mãos dos particulares para o sector público” (PEREIRA, 2009, p. 331) gerando inúmeras controvérsias acerca de seu montante e, principalmente, da repartição do ônus de arrecadá-lo (NABAIS, 1998, pp. 684- 686; TIPKE; LANG, 2008, p. 51-133). Controvérsias que talvez se pacifiquem a partir do reconhecimento da existência de um patrimônio social e da compreensão da propriedade efetivamente privada como propriedade pós-tributária.

Levando-se em consideração unicamente os gastos com infraestrutura (média de 5%) e ambientais (1%), apontados no exemplo, pode-se inferir que ao transferir 6% de seus bens privados para o setor público o cidadão apenas repõe ao Estado parcela dos bens que formam o patrimônio social. Essa parcela corresponde aos bens não lhe pertencem originariamente e em relação aos quais o indivíduo é depositário, sendo o proprietário jurídico unicamente por uma convenção civil que visa à ordenação de direitos entre os próprios particulares.

Ainda que o sujeito possa se sentir solidário com seus concidadãos relativamente a muitos aspectos da vida, por empatia natural ou levado por pressão social como ocorre nos casos de desastres naturais em que se forma uma rede de auxílio, o pagamento de tributos parece fugir de qualquer questão associada a um dever moral que o legitime.

O fundamento de legitimidade da tributação deve residir, portanto, na ideia de reposição do patrimônio social, onde o indivíduo é mero depositário em nome do Estado e possuidor em seu próprio nome.

Parece, assim, mais defensável a hipótese de que o Estado possui direito à parte do patrimônio social que está sob a posse do indivíduo do que a construção de uma ideia de solidariedade espontânea entre concidadãos como parte de um prévio pacto social. Ademais, a teoria contraprestacional, que legitima os tributos a partir de uma retribuição pelos serviços públicos recebidos, já foi afastada face à diversidade de prestações difusas de que são beneficiários todos os contribuintes em conjunto.

Enfim, no sistema capitalista, é desejável que o particular almeje a propriedade privada, muitas vezes com apetite pantagruélico, e a obtenha dedicando a essa tarefa seus maiores esforços, respeitado sua função social.

Entrementes, atente-se que parte dela se deve à atuação do Estado. Por essa razão, quando tributado, o indivíduo nada cede. Apenas repõe, pela via da tributação, a parcela da propriedade da qual é depositário. Nesse momento, adquire ele a propriedade plena do patrimônio remanescente que corresponde à parte pós-tributária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da legitimidade da exigência dos tributos assim como da justa repartição do ônus de financiar o Estado tem ocupado a humanidade por ao menos duzentos anos. Não se pretende por meio desse artigo apontar resposta a tão intrincada indagação. Tudo o que se deseja é trazer à luz um pensamento acerca do tema como um dos aspectos possíveis para sua compreensão.

Para tanto, delimitou-se o estudo ao contexto do Estado fiscal social de direito, economicamente capitalista, em que o direito à propriedade privada é juridicamente reconhecido e protegido.

Em uma sociedade assim conformada, defende-se que o pagamento dos tributos corresponde à proporção da parcela do patrimônio social em relação à qual o particular é mero depositário, sendo efetivamente privada apenas a parcela pós-tributária dos seus bens e rendas. Nega-se, portanto, a

ideia de que o pagamento de tributos deriva de um dever de solidariedade a que o indivíduo, por sua vontade, adere, para viver em determinada sociedade, ou de uma retribuição devida ao Estado pelos serviços públicos recebidos.

A tributação se legitima, por conseguinte, pela constatação de que a propriedade efetivamente privada é, somente, a propriedade pós-tributária.

No exemplo analisado, a partir de dados para o Brasil no período de 2016 a 2019, abrangendo unicamente as despesas estatais relativas à infraestrutura e ao meio ambiente, chegou-se ao percentual aproximado de 6%.

Os tributos não são, conseqüentemente, fruto da cessão da liberdade individual. São apenas a reposição ao Estado de parte do patrimônio social.

Essa conclusão tem suas bases assentadas no reconhecimento do direito à propriedade privada e sua função social, a par de conceber a existência de um patrimônio social, entendido como o conjunto de bens pertencentes aos âmbitos público e privado. Se parte do patrimônio tido como privado é obtido pelos particulares a partir de dotações da natureza e de outras mais fornecidas pelo Estado, é decorrência lógica a composição da riqueza privada pela pública.

Essa forma de conceber a vida social e de jurisdicizá-la pode permitir a convivência harmônica entre os fenômenos da propriedade privada e da propriedade pública, do individualismo e do bem comum.

Poderá levar, acredita-se, a um outro admirável mundo novo em que Estado e liberdade convivam em harmonia.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de filosofia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

ADAMS, Charles. **For good and evil: the impact of taxes on the course of civilization**. Lanham: Madison Books, 2001.

AQUINO, São Tomás de. **Summa theologica**. São Paulo: Siqueira, 1944-1949. v. 18, Questão LXVI, artigo VIII.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BORBA, Bruna Estima. Da expropriação ao dever de solidariedade: a imposição tributária e as dimensões dos direitos fundamentais. In: BRANDÃO, Cláudio, SALDANHA, Nelson, FREITAS, Ricardo (coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

BURG, David F. **A world history of tax rebellions**. New York: Routledge, 2004.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Apreciação crítica aos direitos fundamentais de primeira geração à luz do direito de propriedade: da propriedade liberal a propriedade social. In: BRANDÃO, CLÁUDIO (Org.). **Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 239-261.

- CEPAL. Vigesimonoveno periodo de sesiones. SERIE **Medio ambiente y desarrollo** n° 58. Disponível em: <http://archivo.cepal.org/pdfs/2002/S0210812.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2018.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Expressão Popular, 2012.
- GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- HALL, Robert E., RABUSCHKA, Alvin. **The flat tax**. Stanford: Hoover Institution, 1995.
- HOMEM, António Pedro Barbas. Conceito de direitos humanos. *In*: BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014.
- IBGE. **Indicadores nacionais trimestrais**. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Contas_Nacionais_Trimestrais/Fasciculo_Indicadores_IBGE/pib-vol-val_201604caderno.pdf. Acesso em: 14 fev. 2018.
- JOÃO XXIII, Papa. **Encíclica Pacem in Terris**. 1963. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html. Acesso em: 15 fev. 2018.
- KALDOR, Nikolas. **An expenditure tax**. London and New York: Routledge, 1955.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- KEISMAN, Molly. Power and control in brave new world and 1984. **Prologue: A First-Year Writing Journal**, United States, v. 8, n. 4, 2016. Disponível em: <http://digitalcommons.denison.edu/prologue/vol8/iss1/>. Acesso: 18 ago. 2018.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005.
- MILL, John Stuart. **A liberdade utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MONTESQUIEU, Charles Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOURA, Adriana Maria Magalhães de; SILVA, Ana Paula Moreira da; VIANA, João Paulo; SANTANA, Juliana Ferreira de; ROMA, Júlio César; SACCARO JÚNIOR, Nilo Luiz; SAMBUICHI, Regina Helena Rosa; DIABATE, Reycha Sabana. **Gastos ambientais no Brasil: proposta metodológica para aplicação no orçamento federal**. Rio de Janeiro: IPEA, dez. 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32010&Itemid=424. Acesso em: 14 fev. 2018.

- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MUSGRAVE, Richard A. Estimating the distribution of the tax burden. *In*: MUSGRAVE, Richard A. **Problems of tax administration in Latin America**. Baltimore: The John Hopkins Press, 1965.
- NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.
- O QUINTO e a derrama. Disponível em: <http://www.historiabrasileira.com/brasil-colonia/o-quinto-e-a-derrama/>. Acesso em: 20 set. 2010.
- O'CONNOR, James. **USA: a crise do Estado capitalista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- ORAIR, Rodrigo Octávio. **Investimento público no Brasil: trajetória e relações com o regime fiscal**. Rio de Janeiro: IPEA, jul. 2016. Texto para Discussão nº 2215. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28277. Acesso em: 14 fev. 2018.
- PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. **Fiscalidade**. Coimbra: Almedina, 2009.
- PIKETTI, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **O que é a propriedade?** Lisboa: Estampa, 1975.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 2001. *E-books*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2018.
- SAMUELSON, Paul. **Introdução à análise econômica**. Rio de Janeiro: Agir, 1979. v. I.
- SANCHES, J. L. Saldanha. **Justiça fiscal**. Lisboa: Fundação, 2010.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SELIGMAN, Edwin R.A. **L'Impôt sur le Revenu**. Paris: M. Giard & E. Brière, 1913.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Schwarcz, 2013.
- SLEMROD, Joel, BAKIJA, Jon. **Taxing ourselves**. Cambridge, Massachusetts: Mit Press, 2004.
- SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. São Paulo: Nova Cultural, 1988. v. III.
- SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S/A, 1975.
- THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. São Paulo: Cultrix, 1968.
- TIPKE, Klaus, LANG, Joachim. **Direito tributário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. I.

TIPKE, Klaus, LANG, Joachim. **Moral tributaria del estado y de los contribuyentes**. Madrid: Marcial Pons, 2002.

VANONI, Ezio. **Natura ed Interpretazione Delle Leggi Tributarie**. Padova: Cedam, 1932.

WEBBER, Carolyn; WILDAVSKY, Adam. **A history of taxation and expenditure in the western world**. New York: Simon and Schuster, 1986.

Como citar: COELHO, André Felipe Canuto; BORBA, Bruna Estima. Tributação e propriedade: uma alternativa ao admirável mundo novo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 71-86, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 71. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 31/08/2019.

Aprovado em: 26/04/2020.

LIMITE DE GASTOS E PLANO NACIONAL DA EDUCAÇÃO: A RELAÇÃO INDISSOCIÁVEL PARA OS RUMOS DA EDUCAÇÃO

SPENDING LIMITS AND BRAZIL'S EDUCATION PLAN: THEIR INDISSOCIABLE RELATION IN EDUCATIONAL PATHS

Fulvia Helena De Gioia*
Carolina de Gioia Paoli**

Como citar: GIOIA, Fulvia Helena de; PAOLI, Carolina de Gioia. Limite de gastos e Plano Nacional de Educação: A relação indissociável para os rumos da educação. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 15, n. 3, p. 87-106, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 87. ISSN: 1980-511X.

*Doutora em Direito Político e Econômico. Coordenadora Adjunta de Pesquisa, Chefe do Núcleo Tributário e Professora de Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: professorafulvia@gmail.com

*Mestre em Direito Político e Econômico e Professora de Processo Civil dos cursos de pós-graduação lato sensu presencial e EAD da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: carolg.paoli@gmail.com

Resumo. A Emenda Constitucional 95/16 (EC 95/16) introduziu o Novo Regime Fiscal para controle dos gastos públicos. O objetivo do presente é analisar o impacto da limitação das despesas públicas primárias na destinação de recursos para educação e seu possível reflexo no cumprimento das metas estabelecidas no Plano Nacional da Educação (PNE). Demonstra-se que, apesar de curto o espaço de tempo da vigência da EC 95/16, já é possível verificar a diminuição do volume dos recursos orçamentários destinados à educação. Essa circunstância poderá representar um agravamento das dificuldades do adimplemento do PNE, tendo em vista que a evolução do percentual de cumprimento das metas firmadas no Plano, ainda aquém do previsto, demanda investimentos.

Palavras-chave: Limite de gastos públicos. Educação. Plano Nacional da Educação. Emenda Constitucional 95/16. Direitos sociais.

Abstract: The Constitutional Amendment 95/16 (EC 95/16) introduced a new tax regime for public spending. This study's objective is to analyze the impact of the primary public's spending limitations on the allocation of educational resources and its possible reflection in achieving the goals established by the Brazilian Education Plan. This paper shows that, although the amendment's timeframe is short, it is already possible to verify less resources for education. This circumstance may represent a worsening of the difficulties of the implementation of the PNE, bearing in mind that the evolution of the percentage of goals achievement set out by the plan are still below the forecast; therefore, requiring more investments.

Keywords: Limitations on Educational public expenses. Brazilian Education Plan. The 95/16 Constitutional Amendment. Public. Social rights.

INTRODUÇÃO¹

A limitação de gastos públicos, veiculada pela EC 95/16 (BRASIL, 2016a), surgiu no momento em que o cenário nacional de crise econômico-fiscal no Brasil indicava que as despesas públicas haviam crescido o equivalente a 6% em menos de 10 anos, correspondendo a 20% do Produto Interno Bruto (PIB). A dívida pública bruta chegou a 70% do PIB, enquanto a carga tributária brasileira apontava para 33% do PIB (BRASIL, 2018b).

A aceleração das despesas públicas e o aumento da dívida pública demandavam medidas urgentes do Poder Público.

A insustentabilidade do crescimento da dívida pública, como vinha ocorrendo, aliada à inviabilidade do aumento dos recursos por meio da elevação da tributação, culminou com a opção para a limitação das despesas públicas por meio da fixação de um teto de gastos².

Os proponentes e defensores da proposta de limitação dos gastos públicos sinalizavam que a continuidade do sistema vigente levaria, em pouco tempo, o Brasil a uma situação alarmante relacionada à dívida pública e, conseqüentemente, aos seus efeitos perniciosos, tais como a possível elevação da inflação, a redução do índice de confiança internacional e o agravamento da crise. De pronto, entretanto, elevaram-se vozes contrárias³ de alerta para o risco de estagnação e retrocesso das políticas públicas sociais dependentes de recursos financeiros para implementação, especialmente nas áreas da saúde e educação.

Em 15.12.16, foi publicada a EC 95/16 que, ao instituir o denominado Novo Regime Fiscal⁴ para um período de vinte exercícios financeiros, estabeleceu o limite para os gastos públicos relativos às despesas primárias⁵.

O critério utilizado foi a adoção de um parâmetro prefixado - o valor dos gastos realizados no exercício financeiro anterior, iniciando-se em 2016. No primeiro ano de implementação do teto (2017), a correção estipulada foi de 7,2% e, para os anos subsequentes, a correção se dará com base no Índice de Preços ao Consumidor (IPCA), divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2018).

Na estrutura Republicana e Democrática de Direito, o Estado é representante do interesse público e guardião dos recursos financeiros que integram o orçamento público, cuja aplicação deve estar direcionada, sempre, para o atendimento dos interesses públicos e pautada pela legalidade.

Não havendo, entretanto, a desejável suficiência de recursos para o atendimento do volume das demandas (necessidades) sociais, impõe-se a escolha por meio de uma avaliação discricionária

1 O tema tratado resulta da análise realizada como parte da pesquisa intitulada “O monitoramento dos recursos mínimos constitucionais para a educação à luz da Emenda Constitucional 95/16”, desenvolvida por demanda da Escola Superior do Ministério Público da União, cuja finalidade é o monitoramento dos efeitos produzidos Emenda Constitucional 95/16 nos recursos financeiros destinados à educação (Edital 01129/2017).

2 As propostas de Emenda Constitucional nesse sentido foram objeto de inúmeras discussões nas duas Casas do Congresso Nacional durante tramitação: Projeto de Emenda Constitucional – PEC 241/16 na Câmara dos Deputados; Projeto de Emenda Constitucional – PEC 55/16 no Senado Federal.

3 Confira-se votos favoráveis e contrários em: Brasil (2016b, 2016c).

4 Artigos 106 a 114 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL, 2016a).

5 Assim entendidas como as despesas obrigatórias para cumprimento dos deveres do Estado, excluídos os juros, encargos financeiros e amortização de dívidas.

por parte do Estado. Todavia, não se pode desconsiderar que a discricionariedade é submetida à legalidade, ou seja, deve estar sempre pautada nos princípios e direitos garantidos no ordenamento jurídico estruturado constitucionalmente.

Destarte, a limitação introduzida pela EC 95/16 acende os holofotes para visualização dos critérios de ponderação dos valores e interesses sociais que serão utilizados pelo Estado para o direcionamento das verbas orçamentárias. Diante de escolhas possíveis, as despesas públicas primárias, nas quais se inserem os direitos sociais fundamentais (art. 6º da CF/88), dentre os quais o direito à educação, não podem deixar de ser prioridade.

A capacidade de adequar o critério de escolha das ações prioritárias à relevância da demanda social, diante da limitação dos recursos financeiros disponíveis, bem como, a austeridade no gerenciamento, são qualidades imprescindíveis para toda e qualquer gestão pública.

Noutras palavras, é certo que para cumprimento de seu dever de prestação de serviços educacionais, a atuação do Estado depende de dois requisitos fundamentais: recursos financeiros (suficientes) e gestão (eficiente).

No âmbito do presente, mesmo diante do curto espaço de tempo da vigência da EC 95/16, o foco de análise é o impacto da limitação das despesas públicas primárias na destinação de recursos para educação e seu possível reflexo no cumprimento das metas estabelecidas no Plano Nacional da Educação (PNE).

Apenas por corte metodológico, os reflexos da medida para os demais entes federados, bem como os aspectos relacionados à gestão, não menos importantes e nem desconhecidos, estão fora do campo da pesquisa realizada.

Para melhor compreensão do contexto em que se insere a análise pretendida, inicia-se com um breve exame da estruturação constitucional que consagra o direito à educação como direito social, outorga competências e distribui os recursos financeiros para seu respectivo custeio, incluindo o exame das normas que fixam o teto de gastos. A seguir, passa-se o olhar para as normas do PNE, com a verificação do seu estágio de cumprimento até o momento presente, quando já decorreu a metade de seu tempo de duração. Por fim, toma-se por base o volume de recursos financeiros do orçamento da União destinados à educação, nos dois anos anteriores e nos posteriores à EC 95/16, para demonstrar se houve ou não redução do volume de recursos aplicados, o que será determinante para prever os rumos da educação brasileira nos anos vindouros. Os sinais, entretanto, não permitem expectativas otimistas, como se verá.

1 O DELINEAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), pela primeira vez, inclui o direito à educação no rol dos direitos sociais (art. 6º) e determina que a educação é “direito de todos, dever do Estado e da família”, devendo ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205). Ademais, dispõe que o ensino obrigatório e gratuito é direito público

subjetivo (208, § 1º) (BRASIL, 1988).

Ao Estado, incumbe o dever de prestá-lo com as garantias estabelecidas no art. 208 da CF/88, quais sejam, em suma: universalidade da educação básica obrigatória gratuita; progressividade da universalização do ensino médio gratuito; educação especial para portadores de deficiência; educação infantil em creche e pré-escola; acesso ao níveis mais elevados de ensino pesquisa e criação artística, conforme a capacidade; oferta de ensino noturno regular; fornecimento de programas suplementares de material didático; e transporte, alimentação e assistência à saúde para atender aos educandos da educação básica.

Os dispositivos constitucionais consolidam o estabelecido nos compromissos internacionais firmados pelo Brasil como signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto 591/92). Ao assim dispor, o constituinte demarcou o alcance do direito à educação com todos os efeitos daí decorrentes.

Trata-se, concomitantemente, de direito humano, universal e social. É direito público subjetivo e, portanto, reivindicável do Estado e da sociedade, diante da expressa determinação do *caput* do art. 205 da CF/88⁶.

Nesse sentido, adota-se, dentre outras, a posição de Ranieri (2013, p. 56) para quem o direito à educação assume, simultaneamente, “uma posição jurídica subjetiva, individual, e coletiva, fundamental e universal, e um dever jurídico subjetivo, igualmente individual, difuso, coletivo, fundamental e universal.”

Na mesma direção, Graziane Pinto (2015) chama a atenção para o fato de que o disposto no art. 208 da CF/88 veicula “garantias materiais”, afirmando que tais garantias são “individual e cumulativamente, deveres objetivos e, por isso, oponíveis, do ponto de vista do direito subjetivo do cidadão, a cada ente da federação brasileira” (GRAZIANE PINTO, 2015, p. 73).

A outorga constitucional das competências (deveres) atinentes à prestação de serviços educacionais nos diferentes níveis de ensino (básico, médio e superior) foram distribuídas entre os entes federados brasileiros segundo o critério de atuação prioritária (artigo 211 da CF/88). Não obstante, a prioridade de atuação nos diferentes níveis de ensino não afasta ou exclui o dever de colaboração de todos os entes federados com a educação nos demais níveis, em face do interesse público que a todos incumbe satisfazer.

De forma prioritária, portanto, cabe aos Municípios a educação obrigatória do nível básico de ensino (desde as creches até o ensino fundamental); aos Estados, o ensino fundamental e médio; e à União o ensino superior, com a cumulação da função redistributiva e suplementar dos níveis básico e médio, à luz do artigo 206 da CF/88, de modo a atender a princípios básicos (dentre os quais a igualdade de acesso, liberdade e garantia de padrão de qualidade).

6 A título de esclarecimento, registre-se que a reivindicabilidade do direito à educação não está restrita, pensa-se, pelo disposto na regra do art. 208, § 1º, da CF/88 (o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo). Do mesmo modo, o *caput* do art. 205 não faz qualquer restrição ao dever do Estado e de colaboração da sociedade. A interpretação sistêmica conduz à conclusão de que os critérios de prioridade adotados pelo constituinte ao distribuir competências com base nos níveis de ensino (artigo 208, incisos, da CF/88) devem ser o norte quando a ponderação de interesses se impuser (BRASIL, 1988).

Ademais, nos termos do art. 214 da CF/88, o Plano Nacional da Educação (PNE), com prazo decenal de duração, tem por finalidade “definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades.” (BRASIL, 1988). Ainda, o regime de colaboração entre os entes federados para ações destinadas ao cumprimento do PNE deve conduzir à erradicação do analfabetismo; à universalização e melhoria da qualidade do ensino; à formação para o trabalho; à promoção humanística, científica e tecnológica do País; bem como, ao estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto (incisos I a VI do art. 214).

Em face do delineamento constitucional, portanto, as ações estatais voltadas à educação são inteiramente balizadas e direcionadas a objetivos inafastáveis e não facultativos, para cuja implementação é imprescindível o adequado direcionamento e aplicação de recursos financeiros, cuja principal fonte é a arrecadação tributária.

Com efeito, o custo dos direitos, a que se referiram Holmes e Sunstein (1999), somente será enfrentado pela união de esforços conjuntos da sociedade e do Estado.

Nesse sentido, os autores destacam que merece atenção a alocação de recursos para atendimento dos direitos, com a finalidade de se aferir sua adequação às necessidades. Como sustentam, a aplicação de recursos públicos para implementação de direitos deve também atender a democracia e equidade na distribuição da justiça (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 226).

Assim, tendo presente a extensão dos deveres constitucionalmente impostos ao Estado para garantir o direito à educação, passamos ao exame das fontes provedoras de recursos financeiros e dos limites de sua utilização.

2 AS FONTES TRIBUTÁRIAS DE RECURSOS FINANCEIROS PARA A EDUCAÇÃO

Indubitavelmente, a principal fonte de recursos financeiros para o custeio da educação, assim como das demais ações do Estado, é a arrecadação tributária advinda, especialmente, da receita de impostos (espécie de tributo não vinculado). No que se refere à educação básica há uma fonte adicional de recursos oriunda de contribuição social instituída para esse fim: o salário-educação (espécie de tributo vinculado).

A receita de impostos, classificada como receita corrente pela lei orçamentária (art. 11 da Lei 4.320/64) integra o orçamento e deve ser destinada ao custeio das atividades gerais do Estado, dentre as quais se inclui a prestação de serviços educacionais. O constituinte previu, para cumprimento do dever do Estado de prestação de serviços educacionais, a vinculação excepcional da receita de impostos (art. 212) em percentuais mínimos de destinação obrigatória, a ser observada pelos entes federados.

Diferentemente, a contribuição do salário-educação já possui destinação predeterminada para custeio da educação básica (art. 212, § 5º da CF/88) e não está submetida, portanto, às disposições da EC 95/16.

A compreensão da amplitude das limitações introduzidas pela EC 95/16, no que se refere aos recursos financeiros orçamentários destinados ao custeio do direito social à educação (corte metodológico realizado no presente), impõe, portanto, o prévio conhecimento da repartição constitucional das receitas tributárias entre os entes federados e da determinação da vinculação de um percentual mínimo da receita de impostos à educação (como também à saúde).

2.1 Vinculação da receita de impostos para as ações de manutenção e desenvolvimento do ensino

Excepcionando a regra que veda a vinculação de receitas (art. 167, IV), essência da natureza jurídica da espécie tributária (imposto), a Constituição impõe a obrigatoriedade da aplicação de um percentual mínimo da receita advinda da arrecadação de cada ente federado, em ações voltadas à manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212): para a União, o mínimo de 18%; e, para os demais (Estados, Distrito Federal e Municípios), o mínimo de 25%.

Na organização do federalismo fiscal e em prol do almejado (e necessário) equilíbrio do pacto federativo, o constituinte estabeleceu, ainda, a redistribuição do produto da arrecadação com impostos próprios, auferidos pelo exercício do poder de tributar, por meio das transferências constitucionais diretas (arts. 157 e 158)⁷ e indiretas (Fundos de Participação, art. 159). Nos limites do presente, não cabe adentrar na discussão sobre a adequação ou inadequação do critério utilizado pelo legislador.

Ressalte-se que, do cálculo que fixa os percentuais mínimos obrigatórios destinados ao ensino, é excluída a parcela referente às transferências diretas (da União para os Estados; e dos Estados para os Municípios) e indiretas (da União para os Fundos de Participação de Estados e Municípios – art. 212, § 1º)⁸.

A vinculação da receita de impostos para destinação obrigatória à educação não é inovação da Constituição de 1988 e, mesmo em percentuais distintos, esteve presente nas Constituições de 1934⁹, 1946¹⁰ e na Constituição de 67 na redação da EC 01/69, após inclusão da norma veiculada no art. 175, inciso VII, § 4º incluída pela Emenda Constitucional 24/83¹¹.

7 As transferências diretas compreendem as previsões constitucionais (artigo 157 e 158) de destinação direta de parte da arrecadação de alguns impostos federais para Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como de parte da arrecadação de determinados impostos estaduais para os Municípios.

8 Conforme dispõe o § 1º do art. 212 da CF/88, não estão incluídas no cômputo das receitas de impostos, que serve como base para a aplicação dos percentuais de vinculação (18% e 25%), a parte das receitas transferidas pela União a Estados e Municípios e pelos Estados a Municípios, com base na determinação dos arts. 157 e 158 (transferências diretas). Também não está incluída a parte da arrecadação de Imposto de Renda (IR) e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) destinada aos Fundos de Participação de Estados e Municípios (transferências indiretas - art. 159).

9 CF/1934: Art. 156, § único: “Para a realização do ensino nas zonas rurais, a União reservará no mínimo, vinte por cento das cotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual.” (BRASIL, 1934).

10 CF/1946: Art. 169: “Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

11 CF/67/EC 01/69: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. [...] VII - a liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério, ressalvado o disposto no artigo 154. [...] § 4º - Anualmente, a União aplicará nunca menos de treze por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino.” (BRASIL, 1969).

Isso corrobora o reconhecimento da relevância e eficácia das vinculações como meio de garantir o custeio de ações estatais voltadas ao atendimento das necessidades da educação cuja implementação ressalta a imprescindibilidade de recursos financeiros.

É certo que, mesmo diante da obrigatoriedade de aplicação de um mínimo de recursos para a educação, ainda há um grande distanciamento entre metas e realidade. Admitindo-se que a suficiência de recursos financeiros não é o único entrave para o cumprimento (ou não) das metas educacionais, é indiscutível que, sem eles, nenhuma ação poderá ser executada nessa direção.

Nesse sentido, reportando-se aos ensinamentos de Holmes e Sunstein, Scaff (2018, p. 374) afirma que “a estrutura jurídica desses direitos sociais acarreta mais gastos públicos do que os demais, em condições normais de existência”, razão pela qual entende que “não lhes garantir uma fonte mínima de custeio implica se tornarem apenas direitos de papel (Lassale), constituindo-se em meras promessas civilizatórias de uma modernidade tardia.”

De fato, a reserva mínima de recursos orçamentários é salva-guarda sem a qual haveria o alto risco de desrespeito ao direito à educação garantido constitucionalmente.

Na esteira desse reconhecimento sobreveio a primeira alteração constitucional com a criação de um fundo específico para custeio do Ensino Fundamental. Assim, em 2006, com a EC 14/1996 nasce o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF¹², com prazo de vigência para um período de dez anos, garantindo a vinculação da receita de alguns impostos à “manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Constatado o avanço em direção aos objetivos e metas educacionais propiciado, antes de findar o prazo de duração do FUNDEF, a medida foi ampliada com a EC 53/2006, que criou o atual Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB)¹³. Com a vigência prevista para terminar no ano de 2020, já está em tramitação proposta de transformá-lo numa previsão constitucional definitiva¹⁴.

O FUNDEB é integrado por 20% das receitas de impostos advindas dos Fundos de Participação de Estados (FPE) e Municípios (FPM) e de 20% de outros impostos de competência estadual e municipal (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços referente às desonerações previstas na Lei Complementar 87/96; Imposto sobre Produtos Industrializados proporcional às exportações; Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores; Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doações; quota parte do Município no Imposto sobre a propriedade Territorial Rural; assim como a receita da dívida ativa e multas relativas aos tributos incluídos, conforme prevê o art. 60, II do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT).

É importante ter presente que esse percentual de 20% dos recursos do FUNDEB, oriundos das receitas dos referidos impostos é parte, mas não o todo, da receita mínima que Estados, DF e Municípios devem destinar para a educação, como visto (25% da receita resultante de impostos).

À União compete a complementação no FUNDEB para os Estados e Distrito Federal,

12 Lei 9.424/96 (BRASIL, 1996)

13 Lei 11.494/07 (BRASIL, 2007).

14 Projeto de Emenda Constitucional – PEC 15/15 (Novo FUNDEB). Indubitavelmente, a aprovação da continuidade do FUNDEB parece ser de extrema urgência, especialmente em face da verificação empírica de carências e lentidão evolutiva espelhadas em posições insatisfatórias da educação no Brasil (BRASIL, 2015).

sempre que o valor por aluno não alcançar o mínimo nacionalmente definido, no limite máximo equivalente a 10% do valor total do Fundo (artigo 60, inciso V, do ADCT).

O propósito do FUNDEB, assim como dos outros Fundos de Participação (FPE e FPM), é a redistribuição de receitas entre os entes federados com vistas ao equilíbrio do pacto federativo.

O critério da redistribuição das receitas do FUNDEB é a proporcionalidade do número de matrículas efetivadas nos Estados, no DF e nos Municípios, em conformidade com os dados do Censo da Educação Básica do ano anterior, dimensionadas pelo nível de ensino, com observância das atuações prioritárias de cada ente federado na educação básica (creches, educação infantil, ensino fundamental ou médio - art. 60, II e § 4º do ADCT)¹⁵. Ademais, deve observar as metas de universalização da educação básica estabelecidas no Plano Nacional da Educação (art. 60, III do ADCT).

Eis aí um ponto que merece destaque: o FUNDEB como meio de canalização de recursos financeiros dos orçamentos públicos para o implemento dos objetivos educacionais positivados no PNE.

A destinação dos recursos do FUNDEB é predefinida. Os recursos devem ser aplicados nas ações de manutenção e desenvolvimento da educação básica¹⁶ e na remuneração dos trabalhadores da educação, observado, no rateio, o piso mínimo para os profissionais em exercício, correspondente a 60% de cada Fundo.

As possíveis críticas ao FUNDEB estão relacionadas aos critérios de redistribuição e, eventualmente, de gestão. A vinculação específica mostrou-se relevante para o avanço alcançado na educação básica, no curso do tempo de sua vigência. Essa a razão que fundamenta a defesa para a aprovação do denominado “Novo FUNDEB”, cuja proposta tramita no Congresso Nacional¹⁷.

É esse o esteio constitucional que garante fontes mínimas de recursos financeiros para a educação.

2.2 Alterações introduzidas pela EC/16: o “teto de gastos públicos”

As alterações da EC/16, por meio da introdução dos artigos 106 a 114 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fixa os “limites individualizados para as despesas primárias” da União em todas as esferas de Poder.

Referida limitação toma, como ponto de partida, o valor gasto com a despesa primária no exercício de 2016, o corrigi em 7,2% para 2017 e, a partir daí, adota como base de cálculo o limite do exercício anterior e o corrige pela variação do IPCA/IBGE. Nesse cálculo excepcionam-se as transferências constitucionais obrigatórias (arts. 20, § 1º, art. 146, III, parágrafo único, art.

15 Em conformidade com o art. 60, § 4º do ADCT, no primeiro ano do FUNDEB o parâmetro para a educação infantil, ensino médio e educação de jovens e adultos deveria observar 1/3 do total de matrículas e, no segundo ano, 2/3 do total de matrículas. Somente após o terceiro o parâmetro passou a ser a respectiva integralidade (FUNDEB, [2018]).

16 A Lei 9.394/96 estabelece o que são as “despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino” – art. 70 (BRASIL, 1996).

17 PEC 15/15 (BRASIL, 2015).

153, § 5º, 157 a 159); as despesas com polícias civil, militar e corpo de bombeiros e assistência financeira ao Distrito Federal (art. 21, XIV); as despesas com a Justiça Eleitoral para realização de eleições; os créditos extraordinários em casos imprevisíveis e urgentes (art. 167, § 3º); as despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes; a complementação da União no FUNDEB, bem como as cotas estaduais e municipais correspondentes à arrecadação com a contribuição do salário educação (at. 212, § 6º), tudo em conformidade com o §6º do art. 107 do ADCT.

Ademais, o art. 112, II do ADCT expressamente determina que as disposições do Novo Regime Fiscal não “revogam, dispensam ou suspendem o cumprimento de dispositivos constitucionais e legais que disponham sobre metas fiscais ou limites máximos de despesas”.

Portanto, no que se refere à educação, estão mantidas as vinculações de que trata o art. 212 da CF, ou seja, a aplicação mínima da receita de impostos nas ações de manutenção e desenvolvimento de ensino (18% para a União).

Esse é o ponto das correntes defensoras do teto de gastos, inclusive para negar os reflexos negativos da medida em relação aos recursos financeiros necessários para o custeio dos direitos à educação e à saúde: as vinculações não foram afetadas.

O prazo estabelecido para o teto é de vinte anos, o que é, indubitavelmente, um prazo muito longo para uma medida que implica a desconsideração de variável importante na aplicação dos recursos públicos, qual seja, a demanda emergente da necessidade de implementação de direitos socialmente garantidos pelo constituinte.

Nesse sentido, ao tempo da publicação da EC 95/16, Gioia (2017, p. 13). alertava que “tomar como parâmetro as aplicações mínimas em conjunto com a limitação máxima (teto) de despesas primárias, tendo em vista todos os demais gastos públicos necessários, é nivelar, no piso, o montante obrigatório destinado à educação.”

A Assessoria Especial do Ministro da Fazenda, no relatório publicado em dezembro de 2018, ao expor argumentos favoráveis em combate às críticas relativas à nocividade do teto para as áreas de saúde e educação, afirma que “a EC/16 garante para as áreas de saúde e educação, e para nenhuma outra, um limite mínimo abaixo do qual o gasto não pode cair”. E, especificamente em relação à educação, ressalta que “não há qualquer limitação às despesas de Estados e Municípios com a educação.” (BRASIL, 2018b).

Porém, é preciso também considerar que o piso constitucional foi ultrapassado, em inúmeros casos, inclusive por disposição normativa expressa, em face das demandas educacionais emergentes. Algumas Constituições Estaduais contêm previsão de aplicação mínima de um percentual maior que os constitucionais 25% (mínimos): Amapá (28% - art. 289), Goiás (28,25% - art. 158), Mato Grosso (35% - art. 245), Mato Grosso do Sul (30% - art. 198), Paraná (30% - art. 185), Piauí (40% - art. 223), Rio Grande do Sul (35% - art. 202), São Paulo (30% - art. 255).

Além disso, é preciso lembrar que, apesar do fato de ser o limite da EC 95/16 direcionado à União, não há vedação para que Estados e Municípios adotem medida semelhante, o que, aliás, já ocorre.

Como ressalta Paulo Sena Martins, um dos efeitos da EC 95/16 “foi a indução de alterações em alguns estados, que procederam a reforma de suas constituições estaduais, estabelecendo, por mimetismo, um Novo Regime Fiscal estadual, com teto às despesas primárias”, o que ocorreu com as Constituições dos seguintes Estados: Ceará, Piauí, Mato Grosso Sul, Goiás e Mato Grosso. Destaque-se que, dentre essas, Piauí, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul possuíam previsão superior ao piso estabelecido pela Constituição Federal (MARTINS, 2018, p. 231-32). Ainda, é preciso ter em conta que Ceará e Piauí também são Estados que vêm recebendo complementação no FUNDEB¹⁸, o que evidencia a insuficiência do investimento até então realizado.

À evidência, o efeito mais pernicioso do disposto pela EC 95/16 está na manutenção dos valores alocados para educação no piso, o que, por si só, já representa uma estagnação e toda estagnação certamente conduz a um retrocesso. Isso porque, nesse cenário, se passa a desconsiderar o critério substancial da “necessidade social” para amarrar-se no critério meramente formal, quantitativo e parametrizado por baixo.

A partir do momento em que se fixa como parâmetro máximo de gasto público o valor aplicado, em despesas primárias, congelado no tempo (2016), ignorando sua suficiência ou insuficiência para a satisfação das demandas sociais emergentes, dentre as quais está a educação, assume-se o retrocesso como única consequência previsível.

Assim, mesmo diante de uma avaliação discricionária consciente e eficiente do administrador público, que reconheça a necessidade social e promova a adequação austera da destinação de recursos, a escassez limitativa, à luz da EC 95/16, não lhe permitirá o direcionamento de recursos para a educação superiores ao piso.

A propósito, Matsushita e Cavalcanti (2017, p. 109) em estudo sobre os reflexos da EC 95/16 na saúde e educação, concluíram que “submeter esses direitos sociais ao congelamento das despesas primárias por 20 anos é a proposta de governo em deixar de garantir condições para salvaguardar educação e saúde consoante os mandamentos normativos brasileiros.”

Destarte, o fato de manter a aplicação de recursos financeiros para a educação no piso dos percentuais constitucionais sinaliza um efeito de redução no investimento em educação, representativo de um impacto negativo maior, aferível no decurso do tempo pelos números, mas que já começou a aparecer na análise dos resultados dos anos de 2017 e 2018.

3 O IMPACTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 95/16 NOS RECURSOS FINANCEIROS DESTINADOS À EDUCAÇÃO NOS ANOS DE 2017 E 2018

Inicialmente, é preciso salientar que ainda é curto o espaço de tempo decorrido para aferição significativa dos impactos da limitação veiculada pela EC 95/16, cuja vigência se iniciou em 2017.

No Brasil, houve um aumento do investimento na educação no período compreendido entre

18 Conforme dados do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), Alagoas, Amazonas Bahia, Ceará, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco e Piauí são os Estados que receberam complementação no FUNDEB (anos 2016, 2017 e 2018)/ (FNDE, [2018]).

2008-2014 e, a partir daí, começou um período de tendência à estagnação e, conseqüentemente, de retrocesso. Ainda que pequena seja a amostragem, já é possível observar a tendência de redução dos recursos aplicados em educação que se anuncia de forma evidente.

Por essa razão, é importante tomar os referenciais anteriores à Emenda para verificação das alterações ocorridas após sua entrada em vigor. Entretanto, dada às diferenças de critérios utilizados para a coleta e divulgação de dados, mesmo entre os órgãos oficiais, é importante consignar que as informações aqui utilizadas foram extraídas do sítio da Controladoria Geral da União, que divulga informações detalhadas por funções (por exemplo: educação) e subfunções (por exemplo: educação básica).

No que se refere aos valores do orçamento, foram considerados os disponibilizados nos anos de 2015 a 2018. Há diferenças entre o previsto (planejado) e o executado (despesa efetivamente realizada), nos seguintes termos (BRASIL, 2018a):

a) Orçamento previsto em bilhões de reais: 115,5 (2015); 109,09 (2016); 115,11 (2017) e 114,21 (2018).

b) Orçamento executado em bilhões de reais: 88,6 (2015); 95,18 (2016); 101,82 (2017) e 95,59 (2018).

Muito embora seja pequena a queda em montante de recursos nos anos de 2017 e 2018 (na vigência da EC 95/16), os números divulgados indicam que, em 2017, foi executado o percentual de 88,45% e, em 2018, apenas de 83,69%, do total inicialmente programado.

De fato, o que se constata, no momento atual, é o início de uma curva descendente, cuja tendência reversiva não se pode esperar, se mantidas as atuais regras.

Nesse sentido, o estudo técnico realizado por Marcos Mendlovitz da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, por ocasião da tramitação da PEC 241/16, que viria a se consolidar como EC 95/16, com projeções da variação do PIB real e inflação pelo IPCA, a partir da receita Líquida de impostos para 2016, apontava para os efeitos negativos da proposta na área da educação.

Ao analisar a distinção entre os parâmetros das vinculações constitucionais (receita líquida de impostos) e do “limite de gastos” (correção pelo IPCA) no decurso do tempo concluiu que “em 2017, não se vislumbraria perda de recursos na aplicação em despesas de MDE¹⁹. Entretanto, a partir de 2018, já começaria a haver perda, a qual se acentuaria rapidamente nos exercícios seguintes”.

Da projeção feita pelo autor para o período de 2016 a 2025, verifica-se que o volume de receitas auferidas a partir da receita líquida de impostos é superior ao volume de receitas obtidas pela atualização dos valores dos exercícios anteriores (a partir de 2016), pelo índice IPCA. Pelo estudo, demonstra a tendência de aumento da redução das verbas investidas, de 0,4 em 2018 para -13,3 em 2025 (MENDLOVITZ, 2016, p. 3-4).

Para Rossi e Dweck (2016) o “alvo do Novo Regime Fiscal é saúde e educação”. Com

19 O autor refere-se às despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino.

base numa simulação das despesas públicas, no período compreendido entre 2015-2036, concluem que “com o congelamento das despesas com saúde e educação, estas passarão de 4% do PIB em 2015 para 2,7% do PIB em 20 anos, quando a população brasileira será 10% maior”. Asseveram os autores, com base na simulação, que “em 2036 o gasto primário do governo total será de 12,3% do PIB; se os gastos com previdência somarem 8,5% do PIB, sobram apenas 3,8% do PIB, número inferior aos atuais gastos com educação e saúde, em torno de 4% do PIB em 2016.” (ROSSI; DWECK, 2016, p. 4.).

Nesse cenário, em face do pressuposto inafastável da imprescindibilidade de recursos financeiros para o custeio dos direitos sociais e, especificamente, para o custeio das ações voltadas ao implemento da educação de qualidade para todos, o panorama financeiro que se desenha, com evidente redução dos recursos destinados à educação, não permite previsões alvissareiras.

Todavia, não se pode olvidar que o Estado é direcionado por princípios e tem a cumprir os deveres constitucionalmente impostos no que se refere às ações educacionais e que, legalizados no Plano Nacional da Educação, possui prazo preestabelecido.

Sendo assim, ainda que inviável o atingimento da universalidade com qualidade da educação de forma imediata, a conciliação entre as demandas sociais relativas à educação e os recursos financeiros necessários para sua satisfação implica, no mínimo, o equilíbrio promissor que as encaminhe rumo à progressividade, tal como previsto na Constituição.

A real dimensão dos novos rumos da educação no Brasil passa pelo exame de seu atual estágio, nos diferentes segmentos de ensino. Isso permitirá avaliar o distanciamento entre o almejado (legalmente) e o conquistado (empiricamente) e permitirá a verificação das necessidades remanescentes e o dimensionamento do volume de recursos financeiros ainda prioritários para o seu respectivo atendimento. Conseqüentemente, permitirá avaliar se sua redução poderá (ou não) ser considerada como impactante negativamente.

E, nesse sentido, a análise do estágio de cumprimento das metas firmadas no Plano Nacional de Educação é o fio condutor de uma possível conclusão diagnóstica.

4 O PLANO NACIONAL DA EDUCAÇÃO: ENTRE METAS E RESULTADOS NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 2014 E 2018

Após a publicação da Constituição Federal de 1988, com fundamento no disposto no art. 214 da CF, foi veiculado o primeiro Plano Nacional da Educação pela Lei 10.172/2001, cujo prazo de vigência se estenderia até 2011.

Entretanto, com atraso e somente em 26 de junho de 2014, foi publicada a Lei 13.005, que institui o novo PNE por 10 anos. Portanto, mais da metade do prazo já decorreu. São vinte as metas estabelecidas, tendo em vista a conciliação entre os princípios constitucionais e os níveis de ensino.

Em relação aos princípios constitucionais, é importante ter presente que a “garantia de padrão de qualidade” (art. 206) não pode estar dissociada da progressiva universalização. Nesse

sentido, Gioia (2018) afirma que “a universalização, quantitativamente medida, é apenas o cumprimento de uma formalidade numérica” para concluir que “sem a qualidade que assegure o mínimo educacional obrigatório, não se pode considerar educado o indivíduo”, uma vez que “sem qualidade, não há educação.”. Ainda, segundo a autora, “a universalidade é o aspecto dimensional do direito à educação que se relaciona tão somente com a quantificação das pessoas alcançadas (aspecto formal), mas é a qualidade que assegurará o cumprimento da essência no aspecto dimensional da profundidade (aspecto substancial)” (GIOIA, 2018, p. 158-159).

As metas do PNE foram firmadas sob parâmetros percentuais, progressivos e cujos critérios tomam por fundamento, numa apertada síntese, o atingimento de seus parâmetros de forma segmentada e que assim podem ser resumidos (BRASIL, 2014).

parâmetros referentes à progressividade na universalização: previstos a partir da segmentação nos níveis de ensino (Metas 1 a 5), com prioridade para a educação infantil em 100% para crianças de 4 a 5 anos – Meta 1; 100% para a faixa etária de 6 a 14 anos, no ensino fundamental, com duração de 9 anos (Meta 2); 100% para a educação especial de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento, altas habilidades ou superdotação (Meta 4); e 100% para o dever de alfabetização de todas as crianças até o final do 3º ano fundamental (Meta 05). Ainda no sentido da progressiva universalização, o plano prevê metas relacionadas à educação em tempo integral para os alunos da educação básica (Meta 06), elevação da escolaridade para a população de 18 a 29 anos (Meta 8), elevação da taxa de alfabetização para a população de 15 anos ou mais (Meta 9), bem como o aumento percentual da educação de jovens e adultos (Meta 10), profissional técnica (Meta 11) e superior (Meta 12), inclusive na pós-graduação *stricto sensu* (Meta 14);

b) parâmetros referentes à progressividade na qualidade: a Meta 7 determina o fomento da educação básica de qualidade em todas as etapas e modalidades de ensino, com predeterminação de progressividade na média do IDEB (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica), bem como a elevação da qualidade da educação superior (Meta 13). Ademais, além da previsão quanto à qualidade, apontada nas metas acima, prevê o plano a formação dos professores da educação básica em nível de pós-graduação (Meta 16), bem como a valorização dos profissionais do magistério por meio de remuneração média (Metas 17) e também planos de carreira (Meta 18);

c) parâmetros referentes a progressividade de investimento e gestão: além da previsão para ampliação do investimento público em educação pública com base no PIB (Meta 20), a Meta 15 estabelece o dever de atuação dos entes federados em regime colaborativo, assim como a gestão democrática (Meta 19), conforme critérios técnicos de mérito e desempenho.

Em 2018, o INEP (Instituto Nacional de Estudos e pesquisas Educacionais Anísio Teixeira) divulgou o Relatório do 2º Ciclo de Monitoramento das Metas do PNE, referente ao biênio 2016-2018, do qual se extraem os dados percentuais previstos e já atingidos após o decurso de metade do prazo para seu cumprimento (INEP, 2018).

O retrato apresentado evidencia que o avanço foi pontual em poucas metas e, dado o

decurso do tempo, não permite expectativas promissoras de atingimento da maioria das metas estabelecidas.

O Relatório é importante fonte de dados para acompanhamento do PNE e merece ser consultado na íntegra e analisado detalhadamente. Sabe-se que há variáveis que interferem nos resultados estatísticos e toda análise de dados é dependente da fonte, dos períodos e critérios de coleta, sendo certo que sempre serão voltados a um ciclo temporal fechado e passado.

Todavia, nos limites estreitos do presente, os dados já são suficientes para demonstrar o caminho percorrido nesses cinco anos em direção aos percentuais para universalização do ensino, em todas as etapas, modalidades e a respectiva qualidade.

De forma sintética, destaca-se do Relatório o seguinte estágio de cumprimento das metas (INEP, 2018):

- a) metas próximas dos percentuais previstos, com possibilidade de concretização até 2024:* o maior avanço ocorreu na universalização da educação infantil (Meta 1). Evoluiu-se, também, em direção à universalização da educação para a população de portadores de deficiência entre 4 e 16 anos (Meta 4) - (pp. 31 e 92). A Meta 13, cujo objetivo era a ampliação da proporção do número de mestres e doutores, integrantes dos corpos docentes das Instituições de Ensino Superior, ao percentual de 75%, sendo, no mínimo, 35% de doutores, foi atingida não obstante as desigualdades observadas nas diferentes regiões do País (p. 235). O Censo da Educação Superior de 2017 registra um percentual de 51,1% de doutores e 34,8% de mestres no ensino superior presencial (MEC, Censo da Educação Superior, 2017, p. 27). Da mesma forma, foi registrado o aumento das matrículas nos cursos de pós-graduação e a Meta 14, que prevê o atingimento de 60 mil mestres e 25 mil doutores para 2024, estava, em 2016, próxima do patamar fixado (p. 250).
- b) metas distantes dos percentuais previstos, com poucas possibilidades de concretização até 2024:* dentre os pontos mais preocupantes estão a universalização no ensino fundamental (Meta 2), que registrou desaceleração a partir de 2011 e queda após 2016 nas regiões sul e centro-oeste (p. 51), e no ensino médio (Meta 3), cujo índice evasão escolar ainda é alto (p. 73). Igualmente, sem perspectivas de alcance, está a universalização da alfabetização até o terceiro ano do ensino fundamental (Meta 5), evidentemente relacionada à qualidade do ensino (p. 112), ainda muito aquém dos patamares previstos e desejados, inclusive em face dos parâmetros mundialmente aceitos. O resultado obtido no IDEB (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica) para 2015 (último divulgado), que registra distanciamento dos percentuais projetados com estagnação no ensino médio no ano de 2011, salvo nos primeiros anos do ensino fundamental (nota 5.5 obtida em face da nota 5.2 projetada), é denotativo do quanto ainda se precisa evoluir nesse campo (Meta 7 - p. 149).

No que se refere à educação rural (Meta 8), de jovens e adultos (Meta 10), educação técnica (Meta 11), redução do índice de analfabetismo (Meta 9), as perspectivas são negativas tendo em vista o distanciamento entre o estágio em que se encontram e os percentuais previstos para crescimento (pp. 165, 178, 190, 203 e 178, respectivamente).

E, infelizmente, os números para a Educação Superior não são mais animadores:

o crescimento do número de matrículas (taxa bruta), ocorrido entre 2012 e 2016, não teve continuidade; ao contrário, há registro de queda de 1,4% no ano de 2017. Considerando-se que o planejado era a elevação da taxa para 50%, que o patamar atingido em 2017 era de apenas 34,6% e, que para chegar ao percentual previsto, haveria necessidade de um crescimento equivalente a 15,5%, a Meta 12 é mais uma, dentre tantas, cujo alcance não se pode esperar (p. 218-19)²⁰.

Ainda, apresentam baixa probabilidade de cumprimento as Metas 15 (100% dos professores da educação básica com formação superior na área de docência) e 16 (50% dos professores da educação básica com pós-graduação e formação continuada), uma vez que, apesar do crescimento apontado, os patamares permanecem muito distantes.

Para a Meta 15, em 2016, o percentual atingido foi de 46,6% na educação infantil, 59% nos anos iniciais do ensino fundamental e 50,9% nos anos finais; e, no ensino médio, 60,4% (p. 266). Para a Meta 16, registra-se no período de 2010 a 2017 um crescimento de apenas 11,7% (subindo de 24,5% para 36,2%), sinalizando a impossibilidade de alcançar 50% de professores com título de pós-graduação em 2024 (p. 281).

Tormentosa é a questão que se refere à valorização dos profissionais da educação básica, refletida na melhoria e adequação da remuneração, por meio da desejável equiparação com o rendimento médio dos demais profissionais com escolaridade semelhante (Meta 17). Nesse ponto, os dados do Relatório são desalentadores e retratam as desigualdades de tratamento das diferentes regiões do País, além da perspectiva tendente ao aumento da perda do poder de compra (p. 294).

c) metas de acompanhamento comprometido pela dificuldade (ou ausência) de informações e/ou critério de mensuração: a verificação empírica da determinação de Plano de Carreira (Meta 18) com base no piso nacional profissional, que é previsão constitucional (art. 206, V), é dependente da coleta de dados disponibilizados pelos entes federados, o que não ocorre na totalidade dos casos.

Nesse ponto, o Relatório de Monitoramento do INEP, apesar de retratar que, no âmbito estadual e do Distrito Federal, há 100% de estruturação de Planos de Carreira, ressalva a falta de solidez dos dados em relação aos Municípios, dentre os quais mais de mil deles não registram informações (p. 306). O mesmo se aplica ao monitoramento da Meta 19.

Há registro de que, em 70% dos Estados e no Distrito Federal, foram estabelecidos critérios técnicos de avaliação de desempenho e mérito; e que, em 85% dos Estados, há eleições para Diretores. Os números para os Municípios são bastante reduzidos, registrando-se que em 74% deles há indicação (e não eleição) para o cargo de Direção (p. 318).

Em relação aos percentuais de investimento em educação referenciados no PIB, com vistas ao atingimento de 7% em 2019 e 10% em 2024 (Meta 20), verifica-se que em 2015, investiu-se o equivalente a 5,5% e, em 2018, a 6% do PIB (p. 341). Apesar disso, o gasto por

20 Os dados do último Censo da Educação Superior (2017) demonstram que 87,9% das Instituições da Educação Superior (IES) são privadas (296 públicas e 2.152 privadas). Dentre as públicas, predominam as estaduais (41,9% equivalendo a 124 IES), seguidas pelas federais (36,8% equivalendo a 109 IES) e pelas municipais (21,3% equivalendo a 63 IES). Em relação ao número de vagas, segundo o Relatório do Censo, foram ofertadas 73,3% de vagas novas e 26,6% de vagas remanescentes (INEP, 2017).

aluno Brasil ainda é baixo, ou seja, o maior problema está na destinação dos recursos financeiros públicos (INEP, 2018, p. 5).

Por fim, o Observatório das Metas do PNE registra “ausência de indicadores” para avaliação do cumprimento das últimas três metas (OPNE, 2018).

Os dados apresentados nesse relatório de monitoramento permitem constatar o descumprimento de mais de 50% das metas e a reduzida (ou ausente) perspectiva de retomada do crescimento nos próximos 5 anos, com a manutenção da situação atual.

Assim, conciliando-se essa constatação àquela que demonstra a tendência de redução do volume de recursos financeiros, destinados à educação, em razão do cálculo implementado pela EC 95/16, evidencia-se a dificuldade de, nesse cenário de escassez prefixada, superar-se os desafios para o atingimento das metas do PNE e, conseqüentemente, para a efetivação do direito à educação, nos moldes previstos constitucionalmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal ponto a merecer destaque em relação aos efeitos da EC 95/16, extraídos do acima exposto, é a alteração dos parâmetros constitucionais de aplicação de recursos públicos para a educação, que passam a se pautar por um “mínimo” não satisfativo para as necessidades sociais a ela relacionadas.

Destarte, considerando-se o pressuposto da imprescindibilidade de recursos financeiros para o custeio das ações estatais de implemento e melhoria da educação no Brasil; considerando-se que os dados coletados no curto período de tempo, após a entrada em vigor das normas introduzidas pela EC 95/16, evidenciam tendência de redução dos recursos orçamentários destinados à educação e, considerando-se que as metas estabelecidas no PNE, após o curso do prazo de cinco anos e antes das novas regras de despesas públicas trazidas pela EC 95/16, já se encontravam muito distantes do previsto (e desejado), é possível afirmar que haverá reflexos da redução (ou falta) de recursos para o agravamento do cenário.

A defasagem entre o previsto (campo do dever ser) e o atingido (campo do ser) reflete a falta de compromisso com o PNE, que é lei, assim como o descaso com a educação, denotativo de um esquecimento acerca dos efeitos jurídicos, além de individuais e sociais, do descumprimento de um direito social assegurado constitucionalmente e fundado em princípios e regras rigidamente delimitadas.

A análise comparativa entre o previsto e o cumprido no Plano Nacional da Educação, associada à constatação empírica dos efeitos da EC 95/16, no volume de recursos orçamentários destinados à educação executados, ainda que no curto espaço de dois exercícios, demonstra o descompasso entre as necessidades e os recursos disponibilizados para sua satisfação. Portanto, evidencia, no mínimo, a falta de percepção da relação direta e indissociável entre eles. Sem desconsiderar que há outros fatores de possível interferência no atingimento desses objetivos, especialmente os relacionados à adequação de políticas públicas, bem como à eficiência e

moralidade na gestão pública, a relação implicacional direta é inegável.

Não fosse a contenção de gastos, o mal desempenho das metas poderia ser objeto de um investimento maior, tendo em vista a priorização do direito à educação. A limitação, porém, afasta a possibilidade dessa escolha pelo Estado, sob pena de representar violação da Constituição Federal.

Eis, pois, a constatação que impele a reflexão prospectiva de que, com a manutenção desse cenário, os rumos da educação no Brasil tendem à estagnação e, com isso, ao retrocesso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Rio de Janeiro, p. 1, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emenda Constitucional nº 1, de 1969**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1969. Disponível em <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/92013/emenda-constitucional-1-69#art-175>. Acesso em 15 fev. 2019

BRASIL. Câmara dos Deputados. Emenda constitucional nº 95, de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p. 2, 16 dez. 2016a.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 13.005, de 25 junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2014/lei-13005-25-junho-2014-778970-publicacaooriginal-144468-pl.html>. Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 15/2015**. Proposta de Emenda à Constituição. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 241/2016 histórico de pareceres, substitutivos e votos**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=E3DA8ED0C9188C611D1235AD194482A7.proposicoesWebExterno2?idProposicao=2088351. Acesso em 15 fev. 2019.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Educação**. Brasília, DF: Portal Transparência, 2018a. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/12-educacao?ano=2018>. Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007.** Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111494.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19424compilado.htm. Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Teto de gastos:** o gradual ajuste para crescimento do país. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2018b. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/analises-e-estudos/arquivos/2018/teto-de-gastos-o-gradual-ajuste-para-o-crescimento-do-pais.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Veja como votaram os senadores na aprovação da PEC do teto de gastos. **Senado Notícias**, Brasília, 13 dez. 2016c. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/13/veja-como-votaram-os-senadores-na-aprovacao-da-pec-do-teto-de-gastos>. Acesso em 15 fev. 2019.

FNDE - FUNDO NACIONAL DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. **Valor anual por aluno estimado, no âmbito do Distrito Federal e dos Estados, e estimativa de receita do FUNDEB.** Brasília: Fundeb, [2018]. Disponível em: <http://www.fnde.gov.br/financiamento/fundeb/fundeb-consultas>. Acesso em: 26 out. 2018.

GIOIA, Fulvia Helena de. O novo regime fiscal veiculado pela Emenda Constitucional 95/16: reflexos no custeio da educação no Brasil. **Cadernos de Direito Actual**, [S. l.], v. 5, p. 329-339, 2017.

GIOIA, Fulvia Helena de. **Tributação & custeio da educação pública.** São Paulo: Juruá, 2018.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** London: W. M. Norton, 1999.

IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais:** uma análise das condições de vida da população brasileira 2018. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2018.

INEP - INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **Censo da educação superior:** notas estatísticas 2017. Brasília: INEP, 2017. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2018/censo_da_educacao_superior_2017-notas_estatisticas2.pdf. Acesso em: 7 dez. 2018.

INEP - INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Relatório do 2o. Ciclo de monitoramento das metas do Plano Nacional de Educação – 2018. Brasília: INEP, 2018. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/documents/186968/485745/RELATÓRIO+DO+SEGUNDO+CICLO+DE+MONITORAMENTO+DAS+METAS+D+O+PNE+2018/9a039877-34a5-4e6a-bcfd-ce93936d7e60?version=1.17>. Acesso em: 16 jun. 2019.

MARTINS, Paulo Sena. Pior a emenda que o soneto: os reflexos da EC 95/2016. **Revista Retratos da Escola**, Brasília, v. 12, n. 23, p. 27-238, jul./out. 2018.

MATSUSHITA, Thiago Lopes; CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. A proposta do Estado Brasileiro para o desenvolvimento econômico nacional em face da Emenda Constitucional No 95 e seus reflexos na saúde e na educação. **Revista Duc in Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 9, n. 17, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/466>. Acesso em: 1 fev. 2019.

MENDLOVITZ, Marcos. **Análise dos efeitos da PEC nº 241 sobre a manutenção e desenvolvimento do ensino**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. CONOF - Estudo Técnico nº 11/2016 (revisado). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2016/et11-2016-analise-dos-efeitos-da-pec-no-241-sobre-a-manutencao-e-desenvolvimento-do-ensino>. Acesso em: 14 fev. 2019.

OPNE - OBSERVATÓRIO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **Observatório das metas do PNE**. Brasília: OPNE, © 2018. Disponível em: <http://www.observatoriodopne.org.br/home>. Acesso em: 26 out. 2018.

PINTO, Élidea Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. v. 1.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MAGISTRADOS, PROMOTORES DE JUSTIÇA E DEFENSORES PÚBLICOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. **Justiça pela qualidade na educação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, p. e00194316, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n12/1678-4464-csp-32-12-e00194316.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2019.

SCAFF, Fernando F. **Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Como citar: GIOIA, Fulvia Helena de; PAOLI, Carolina de Gioia. Limite de gastos e Plano Nacional de Educação: A relação indissociável para os rumos da educação. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 87-106, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 87. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 14/05/2019.
Aprovado em: 09/07/2020.

RAZÃO PENAL E GARANTISMO NO PROCESSO DECISÓRIO DA MODERNIDADE CRIMINAL

CRIMINAL REASONING AND GUARANTEES IN THE DECISION-MAKING PROCESS OF CRIMINAL MODERNITY

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza*
José Ailton Garcia**

*Pós-Doutora em Direito e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Doutora em Educação e Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Especialista em Combate à corrupção: prevenção e repressão aos desvios de recursos públicos pela Faculdade Estácio CERS. Especialista em Direito do Estado e Especialista em Direito Municipal pela UNIDERP. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes - UNIT. Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Professora Titular de Graduação e Pós-graduação da Universidade Tiradentes. E-mail: patncss@gmail.com

**Doutor e mestre em Direito Processual Civil pela FADISP. Professor convidado na Pós-Graduação da PUC SP Cogea, da FAAP SP, da Universidade Cândido Mendes/RJ, da Proordem de Goiânia/GO e da Escola Superior de Advocacia - ESA. E-mail: dr.ailton@terra.com.br

Como citar: SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de; GARCIA, José Ailton. Razão penal e garantismo no processo decisório da modernidade criminal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 107-126, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 107. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O presente artigo tem como tema razão penal e garantismo no processo decisório da modernidade, cujo objetivo foi discorrer sobre o direito penal no contexto da modernidade, sobre a razão penal e a pretensão punitiva do Estado, além do contexto constitucional do direito penal garantista. Para tanto, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, de caráter exploratório, através de livros, artigos e legislações. Ao fim, concluiu-se que o Brasil se encaixa em um modelo de Estado de direito social, que prima pela intervenção mínima do Poder Público nas liberdades individuais, com base na legalidade e demais garantias tuteladas pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Garantismo. Processo decisório. Razão penal.

Abstract: This paper has as its theme criminal reasoning and guarantees in the decision-making process from the perspective of modern era ideas. This study's objective is to discuss criminal law, criminal reasoning the punitive claim of the State, and the constitutional context of criminal law. To this end, this paper utilizes bibliographic research of an exploratory nature, with books, articles, and legislations. Finally, this research concludes that Brazil fits into a model of social rule, which is based on the minimum intervention of the Public Power in individual freedoms, specifically based on the principle of legality and other guarantees protected by the Brazilian Federal Constitution of 1988.

Keywords: Guaranty. Decision-making process. Criminal reason.

INTRODUÇÃO

Partindo-se do pressuposto de que “O homem é a medida de todas as coisas” vê-se que esse precisa viver em sociedade. Logo, toda sociedade para harmonizar os indivíduos que a compõe tem de ser submetida a sanções pela conduta considerada socialmente imprópria, daí a existência das penas desde os tempos imemoriais e primitivos como uma forma de promover a convivência social. Contudo, com a evolução da sociedade, as penas também evoluíram e foram reformuladas.

Existiram, a título de exemplo, penas cruéis, que se dividem em penas de morte, de açoites e mutilação, os castigos corporais e outros diversos tipos de repressão penal. Havia também a pena de perda do patrimônio que alcançava os descendentes do infrator, pois a pena ainda não tinha o caráter personalíssimo que tem hoje. No Brasil, Tiradentes foi condenado pelo crime de Lesa Majestade e sua pena foi cruel e chegou até à pessoa de seus descendentes.

Antes mesmo da vingança privada, houve a época de vínculo totêmico, em que se acreditava que caso não ocorresse punição ao autor de um delito, os Deuses enviariam pragas, chuvas, terremotos, vulcões em erupção, ligação entre os indivíduos pela mágica e pelo místico, sendo que as sanções eram desproporcionais e não tinham o caráter punitivo que viria a nascer posteriormente.

Após a época do vínculo totêmico, segue-se à vingança privada ou vínculo de sangue, em que a própria comunidade se dirigia ao autor da conduta criminosa, nascendo o que se entende de “fazer justiça com as próprias mãos”. Materializando-se com a lei do talião, como uma ferramenta moderadora da pena, em que era aplicada ao infrator o mesmo mal que ele tivesse causado à vítima, de forma proporcional. Nesta mesma linha, não se pode deixar de mencionar a adoção do código de Hamurabi, da Lei das XII Tábuas, do Código de Manu e etc. Não se pode olvidar a relevância e o reflexo evolutivo na história do Direito Penal do Talião em razão de estabelecer limites e critérios para a punição. As penas eram desproporcionais e geravam maior violência, razão por que surge a terceira fase chamada de vingança pública, em que se escolhia um terceiro para solução do conflito, que geralmente eram os líderes das tribos, de clãs, sendo estes chamados de pretor. Pela ausência de conhecimentos técnicos, assim como pela imparcialidade inexistente, as decisões eram direcionadas a favor das pessoas detentoras de posses.

Mais adiante ocorre a composição que estabelecia a possibilidade de o ofensor comprar sua liberdade, com dinheiro, gado, armas, etc. e sua aplicação estendeu-se entre os povos babilônicos, hebreus, indianos e ainda no Direito Germânico, incluindo indenizações cíveis e multas penais.

Vários pensadores analisaram as razões e formas de penalidades existentes e por consequência passaram a estudar concepções mais pedagógicas da pena. A título de registro histórico, tem-se a figura do sofista Protágoras, na Grécia Clássica, que examinou tais formas de penalização. Para ele o castigo tinha como finalidade a correção do homem infrator. Acreditava ainda que a virtude pode ser ensinada e aprendida. Sendo o homem portador de inteligência, pode ele aprender a virtude. Para Sócrates, opositor ferrenho dos sofistas, não dependia do esforço humano tornar os homens bons.

A ideia que preponderou por muito tempo foi de que a pena e o crime são forças e que a primeira não dá para ser explicada por teorias jurídicas.

Aristóteles defendia que a pena e o crime devem estar interligados à procura de uma justa medida e que o justo estaria na medida certa. Aristóteles defendia a ponderação, desenvolvida pelo mesmo ao tratar da “virtude aristotélica”.

Importante mencionar a dualidade existente na idade média entre a religião e o Estado (pecado e crime) e, conseqüentemente, a pena visava punir o aspecto moral da conduta, ou seja, o pecado. Eram aplicadas penas de forma cruel e desumana aos plebeus e penas de forma branda (multas) aos nobres, cuja responsabilização penal era objetiva e não pessoal como vigora hoje no Brasil.

A modernidade trouxe diversas transformações atreladas ao modelo estatal em que a razão e o arbítrio apresentaram valorização e destaque. O homem, produtor desta modernidade, deixou de ser conduzido por uma divindade dando lugar ao pensamento racional. Há uma transição do teocentrismo para o antropocentrismo. O homem natural passa, neste contexto, para a condição de indivíduo.

Visto que com modernidade foram revistas as formas de punição. O positivismo e a legalidade consubstanciados numa Carta Maior que salvaguarda os direitos fundamentais de cunho principiológico e penal, foram essenciais para assegurar as garantias do indivíduo e do cidadão, evitando-se as penas cruéis, degradantes e reduzindo-se o nível de arbitrariedade, com base numa razão proporcional que está intimamente ligada ao garantismo penal. Tal garantismo não significa abolicionismo, nem uma liberdade selvagem, mas, sim, uma adequação do Poder punitivo do Estado em relação à liberdade do indivíduo.

Tendo em vista os aspectos já descritos, o presente trabalho possui grande relevância para os interessados na área do direito penal e tem por objetivo a abordagem conceitual acerca do tratamento, quanto a forma de penalização do indivíduo advinda com a modernidade, contida na Constituição Federal de 1988 e seus reflexos quanto ao viés sociológico e quanto ao arbítrio, sem olvidar do garantismo que envolve toda a temática.

O Direito Penal é fruto de diversas transformações filosóficas, jurídicas e sociais e será passível de outras, conforme o caráter histórico de evolução social. Seria razoável abolir o Direito penal, utilizar a sua aplicação mínima e extinguir as prisões? Haverá uma resposta satisfatória quanto a forma de punição do Estado em relação aos fatos puníveis, sem se chegar ao arbítrio? Como se falar em arbítrio diante de uma realidade democrática insculpida em uma Constituição Cidadã?

Decerto, há muito tempo o direito penal passa por uma crise de justificação. Essa justificação se divide em duas correntes: a dos garantidores e dos abolicionistas. Os primeiros defendem um discurso que justifica o direito penal, por meio de modelos alternativos de resposta, mesmo que extrapenais, mas sempre institucionalizados e coercitivos. Já os últimos militam em favor de um discurso de total abolição do direito penal, por entendê-lo como ilegítimo, defendendo a aplicação de práticas consensuais e conciliatórias de solução de conflitos.

Para responder a tais indagações e alcançar os objetivos propostos acima, o procedimento metodológico utilizado será o exploratório, a partir das leituras realizadas, através de um referencial teórico obtido em levantamento bibliográfico, como livros, artigos e legislações.

1 DIREITO PENAL NO CONTEXTO DA MODERNIDADE

A percepção de que o homem vive diante de um universo de fatos não compreendidos inteiramente e fora de controle, gera a ideia de que não se pode obter um conhecimento ordenado sobre o aparelhamento social (GIDDENS, 1991, p. 12). Para analisar o fenômeno, não basta inventar novos termos, deve-se olhar novamente para a natureza própria da modernidade que é plena de perigos. Essa constatação tem contribuído para a perda da crença no progresso e para a dissolução de narrativas da história.

A racionalidade, decorrente da modernidade, causou a transformação do homem em seu próprio servo, visto que a própria instituição do capitalismo que não teria efetivamente se desenvolvido sem o uso da razão.

Com o advento do Iluminismo (era da razão), Século das Luzes, os intelectuais da época se mobilizaram no sentido de promover uma reforma social, mormente quanto aos abusos da Igreja e do Estado. Tal movimento trouxe novas ideias que repercutiram, além Europa, na Declaração de Independência dos Estados Unidos e na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, esta que teve repercussão global, divisor de água da história. Tudo isso resultando num direito penal mais humanitário, liberal, laico, longe das amarras do catolicismo.

Observa-se que na Revolução Francesa, a burguesia, ao romper com o regime absolutista da época, lutou por Direitos, dentre estes o Direito à Liberdade, direito de primeira geração que parte da premissa de o Estado dever intervir o menos possível na vida privada, refletindo, portanto, na intervenção maior do Estado na sociedade e no Direito Penal.

Nomes importantes como Espinosa, Locke, Montesquieu e Voltaire muito contribuíram para a eclosão desta grande transformação política e social. O Marquês de Beccaria (1999) escreveu “Dos Delitos e das Penas”, obra que se perpetuou até os dias hodiernos por criticar toda uma ordem de atrocidades das penas aplicadas até então, como: tortura, pena de morte e infamantes e toda a sorte de desigualdades.

Com efeito, Beccaria (1999) advogava a legalidade, a proporcionalidade das penas aos delitos, afirmando que o direito de punir deveria ter uma utilidade social, a humanização das penas, a publicidade dos processos, como também a separação do poder judiciário do poder legislativo. Beccaria (1999) acreditava que só boas leis poderiam impedir os abusos. Também se apoiou na ideologia do Contrato Social, desenvolvida por Rousseau (2006) cuja finalidade da pena era evitar a repetição do ato criminoso pelo delinquente e por outros cidadãos, através da certeza da punição e não pelo rigor da Lei.

Deste modo, o indivíduo passa a ser figura preponderante em relação ao Estado, pois esse nada mais é que um instrumento para o indivíduo que o compõe. Assim, novos caminhos estavam

sendo abertos para garantir igualdade e justiça à humanidade.

A pena passa a ter um caráter utilitarista, ou seja, deveria ser aplicada levando em consideração o bem de todos (coletivo) e prevenir para que o agente não volte a delinquir, entendimento defendido por Jeremy Bentham e Stuart Mill. A *contrario sensu*, Kant (2003) e Hegel (2000) pensavam não ser concebível punir um homem como método para procurar outro fim, ou seja, o fim da criminalidade.

Para Kant (2003), o criminoso precisava reconhecer o quanto vale aquilo que fez. A pena seria absoluta (não estaria ligada a nada). Defendia suas ideias com base no imperativo categórico em que a pena seria cumprida por acreditar-se nela e não apenas por imposição da mesma.

Para Hegel (2000), a pena é castigo e tem função reativa, metodológica e dialética (negação tese – síntese – antítese). Relaciona pena e crime. O crime nega o direito e a pena nega o crime e restaura o direito.

O princípio da taxatividade ganha destaque na fase do iluminismo, isto é, só haverá crime quando a conduta estiver emoldurada dentro do tipo penal, sendo que este tipo deve estar disposto em lei (*nullum crimen sine previa legem*).

Neste contexto, relevante foi a escola clássica para o direito penal, visto que foram sistematizados os institutos penais da imputação da pena, da culpabilidade, dentre outros ainda hoje utilizados. O crime e o criminoso não eram os focos principais desta escola. O livre arbítrio foi rejeitado, mas reconhecia o homem como livre e determinista (determinismo biológico e determinismo social). Os maiores expoentes foram Carrara, que desenvolveu um programa de direito criminal, com pressupostos do crime e da culpabilidade do agente, e Feuerbach, que criou o Código Penal da Baviera (1813), dando suporte ao princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*).

Com tais assertivas acerca das Escolas Penais constata-se que esses estudos foram fundamentais para a teorização do arcabouço penal que existe nos tempos hodiernos. Ato contínuo, relevante tratar das teorias da pena (absoluta e relativa).

Destaque-se a função da Teoria absoluta (exerce a pena como castigo atributivo) e da Teoria Relativa (pena com caráter preventivo).

A Teoria Preventiva, mais necessária para o reforço da temática em estudo, abordava a pena como um projeto de transformar e melhorar o indivíduo. Tem-se: a prevenção especial que se dirige àquele indivíduo infrator; a prevenção geral que se dirige a toda a comunidade e pode ser negativa e positiva, sendo a primeira como elemento de ameaça e coerção psicológica, e a segunda consistindo no resgate do sentimento de realidade do direito, sendo um instrumento de reafirmação deste último, e foi defendida posteriormente por Günther Jakobs da escola funcionalista radical.

Indubitável que as variadas formas de concentração do poder político culminaram em desigualdades e injustiça econômica e social, bem como na instrumentalização da classe trabalhadora pela legitimação da inflação legislativa em matéria criminal, ocasionando crise valorativa na sociedade moderna (SIQUEIRA apud PIRES; SALES, 2003).

É cediço que não há consenso sobre a questão da pena. Trata-se de um tema aberto. A

dogmática jurídica não consegue definir a pena como prevenção ou castigo. Há ambiguidade de posicionamentos. Enfim, a pena não dá para ser explicada apenas pelas Teorias Jurídicas. A questão central da pena é a impunidade.

Há de se mencionar ainda o funcionalismo moderado defendido por Roxim que tinha o direito penal como fim eminentemente preventivo.

A escola cartográfica afirmava que o crime deve ser analisado por meio de estatísticas, em razão de ser um fenômeno concreto. Neste mesmo período despontaram como expoentes Lombroso, Ferri e Garófalo, defensores da escola positivista. Tal corrente via o homem como um ser pré-determinado, considerava o criminoso como um doente que precisava ser tratado (aplicação da medida de segurança). Acreditavam que o homem não age por livre arbítrio, mas que há na sua ação a influência de fatores endógenos (hereditários) e exógenos (sociais).

2 RAZÃO PENAL E O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

A concepção moderna trouxe em seu bojo a ideia do contrato social para o indivíduo dotado de razão e liberdade. Nesta toada, surge o Estado para resolver problemas sociais, criar e aplicar sanções. Coadunando-se com esta premissa oriunda da modernidade, necessária se faz a observância da legalidade geral e penal, sem olvidar dos preceitos esboçados numa carta de cunho constitucional.

Anthony Giddens (1991, p. 11) define a modernidade, em sua obra “As Consequências da Modernidade”, como um estilo, costume de vida ou organização social que emergiu na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornou mais global em sua influência. Para ele, os homens são inseridos na história como seres, tendo um passado definitivo e um futuro previsível.

É certo que o ser humano, em sua condição mais pretérita, no estado mais natural e primitivo, vivia sem o aparato de qualquer aparelho ou aparelhamento que lhe desse garantia ou segurança nas suas relações interpessoais. Tudo que emergia com o condão de lhe impor dificuldade era resolvido por meio da força bruta, pela sobreposição do mais forte e submissão do mais fraco. Nessa fase evolutiva, o ser humano estava à mercê do arbítrio alheio, mas gozava de plena liberdade, ainda que ameaçada a todo e qualquer tempo. Eram tempos de beligerância.

O modo e as premissas que guiam a percepção da relação estatal com o indivíduo vêm sendo repensadas desde a modernidade (que surge com a razão humana). Na segunda metade do Séc. XVIII – Revolução Francesa X Revolução Americana – surgiram as bases limitadoras do Estado (isto quanto ao Direito Penal).

Nos ensinamentos de Eugenio Raúl Zaffaroni (2013), o poder punitivo, ainda hoje, configura-se por sua base confiscatória do papel da vítima. Por isto, o Estado detém grande capacidade de decisão nos conflitos e também de arbitrariedade, visto que o “senhor” do Antigo Regime foi substituído pelo poder público, mantendo o mesmo grau de discricionariedade e servindo como importante ferramenta de verticalização social.

Visando maiores garantias e consecuições de fins comuns, o ser humano despoja-se de

parte da sua individualidade, de sua liberdade, para criar um ente chamado Estado, aquele que seria o depositário da confiança de todos e que, em nome da coletividade, faria a consecução do bem comum e livraria todos das usurpações e submissão arbitrária do homem pelo homem, via instrumento da força. Firmou-se, pois, o Contrato Social, teorizado por Jean-Jacques Rousseau (2006), saindo o homem do seu estado natural para o convencional.

Politicamente, o Estado é a expressão de uma condição do Contrato Social, não apenas como um fato histórico. Para Kant (2003), o contrato é um *a priori*, não está vinculado a nenhuma experiência, a nenhum dado histórico.

Rousseau (2006) preconizava a ideia de democracia direta tendo a razão como o guia do homem que abdica de sua liberdade, porém não abdica de tudo para o Estado, reserva algo para si. Do ponto de vista da ciência política, o Estado é oriundo de um consenso e foi concebido com o objetivo número um de garantir a segurança e bem-estar de todos os cidadãos.

Foi em 1603, com o Livro V das Ordenações Filipinas, que foi criado o primeiro Código Penal. O Direito Penal aparece quando se percebe a diferença entre Direito Natural e o Direito Positivo. Sabe-se que o direito penal é formado por um conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, levando em consideração os fatos puníveis e as medidas aplicáveis aos infratores. Cabe ao Estado, como mantenedor da ordem e paz da coletividade, descrever tais condutas como infrações penais (tipificação), cominando, em consequência, as respectivas sanções, e estabelecendo todas as regras necessárias à sua aplicação. Tudo isso, também, para garantir liberdade do cidadão, mesmo que tenha ou não cometido um delito, visto que o perigo de viver numa guerra eterna não satisfaz a ninguém.

Então, o Estado, como ente soberano, dotado das abnegações pessoais e jungido ao bem comum, passou a legislar e jurisdizer, deixando de lado a possibilidade da vingança privada, instituindo, em substituição, um sistema legal que dispõe sobre os crimes, as penas e a punição das pessoas infratoras.

Em suas lições, Beccaria (1999, p. 28), ao explicar o direito soberano de punir os delitos, afirma com clareza que as punições estatais recaem em função “da necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares” e que “tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos.”

Neste passo o Estado chamou para si a responsabilidade sobre o direito de punir como cumprimento de uma vontade geral, a fim de que ninguém ficasse ameaçado pelo desarrazoado arbítrio alheio, mas que a liberdade de todos estivesse confiada, de forma indistinta e impessoal ao Estado. Seria a pena, pois, o meio de impedir que o infrator venha a causar novos danos aos concidadãos e o meio de represália (exemplo) para outros que porventura queiram delinquir.

Por seu turno, Achenbach (1991, p. 138), pondera: “Indiscutible es la *imputación individual*, factor *constitutivo* para la fundamentación de la pena, consecuencia jurídica específica, sólo puede determinar en cuanto al contenido a partir de su relación con la pena misma.”

Diante de tais constatações, o Estado não consegue dar respostas satisfatórias a essas mudanças estruturais, sejam de cunho positivistas ou sociológicos. Como ensina Barroso (2009,

p. 274), o mundo perpassou-se por diversas escolas de pensamento, a saber: formalismo, reação antiformalista, positivismo e de volta aos valores.

Caracterizou-se o formalismo pela concepção do mecanicismo do Direito, cuja atividade interpretativa alijava-se da função crítica. Nele, a crítica dava lugar à subsunção do fato à norma, como fruto de pura submissão legal, posto que a norma derivava da vontade geral expressada pelos seus legítimos representantes (Poder Legislativo).

No modelo supra proposto, o exegeta encontrava-se restrito a uma interpretação literal do texto legal, adequando, de forma aritmética, o fato à norma, buscando coadunar seu mister à *mens legis*, ficando o julgador aos lineares ditames da lei fria.

Em contraponto, a reação antiformalista visava a quebra dessa ordem seca, retilínea e formatada para dar lugar a uma interpretação que alcançasse a finalidade da ordem jurídica, como defendido por Rudolph Von Ihering, para o qual o Direito deveria servir para os fins sociais, antes mesmo que aos conceitos e às formas.

O positivismo vem com a ideia de separação do Direito e da Moral, do que é lei oriunda do processo legislativo e do que é a lei natural, chegando, inclusive, a negar a existência o próprio direito natural como instituto jurídico, levando a crer que apenas o positivado (lei escrita) poderia ser considerado direito.

Nessa linha, desenvolveu-se o pensamento no sentido de que o juiz, ao proferir sua decisão, assim o fazia por um ato de escolha dentre as possibilidades que a norma lhe oferece, não estando mecanizado, engessado, tão alinhavado a uma interpretação estritamente linear do texto legal, de forma aritmética, como propunha, v.g., o formalismo.

Expressando essa ideia, Hans Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*, propôs que o ato de jurisdizer não seria apenas um ato de conhecimento, de simples aplicação do conteúdo legal ao fato concreto, mas um somatório do ato de conhecimento com o de vontade, que se revela na escolha de uma das inúmeras possibilidades de aplicação da norma ao fato concreto que se lhe põe para julgamento, em defesa das suas ideias, de que havia amplas possibilidades de aplicação do Direito, e não apenas uma.

Nessa senda, a *escola kelseniana* abraça a tese de que, ao se interpretar uma determinada norma, é sempre concedido ao exegeta, ao hermeneuta, ao aplicador do Direito, uma margem, maior ou menor, de liberdade para que, dentro do quadro ou da moldura legal, possa aplicar a norma, fazendo uma mescla entre o ato de conhecimento e o ato de vontade, como fim de uma política de Direito.

Não se trata, pois, de dizer que a norma possui apenas um só sentido, uma resposta pronta e acabada, de via única. Ao contrário, a atividade hermenêutica vai validar tantas quantas possíveis sejam as vias a serem percorridas dentro da moldura legal. Nega-se por completo que a norma possua um sentido singular, que seja mono, com severa exclusão de outros materiais e legalmente possíveis. Mas se afirma que a norma geral possibilita esse prisma de viabilidades dentre os quais será produzida a norma individual adstrita ao quadro legal aplicável ao caso.

No que diz respeito à volta aos valores, esta começa a ganhar corpo com a derrocada do

positivismo jurídico e da supremacia da lei, após os incidentes do holocausto, do fascismo e do nazismo.

De tudo quanto ocorrido, o mais catastrófico é que as premissas da *Teoria Pura do Direito*, criada pelo citado jus filósofo judeu, veio por conferir validade ao próprio sistema nazista, que o perseguira depois, posto que o entendimento de Kelsen era o de que há Direito independente de sua legitimidade.

Assim, perfilhando essa tese, para o Estado Totalitário Nazista, bastava que o ordenamento jurídico amparasse suas ações em leis para que os absurdos [hoje] cometidos fossem legais, eis que, no purismo Kelseniano, todo Estado é de Direito, independente da ordem jurídica estabelecida, restando apenas que a norma seja legítima ou justa, posto que o Direito é uma atividade do Estado.

O pós-positivismo, por essas razões, traz os valores de volta ao centro das discussões jurídicas, excluindo-se da racionalidade purista do positivismo. Neste contexto, decorreu, em boa parte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos que disseminou valores como o da dignidade da pessoa humana, da “normatividade” dos princípios, da argumentação jurídica e da racionalidade prática.

Não se pode hoje pensar, pois, que por ser o Direito uma atribuição Estatal, toda e qualquer lei, desde que tenha vigência e eficácia, poderá indistintamente valer dentro do ordenamento jurídico, principalmente quando afronta absurdamente direitos que são inerentes à condição humana de existência, sem os quais nos tornamos *coisa*, um mero instrumento de realização do Poder pelo Poder, sofrendo as peias de um Estado que não representa a vontade dos administrados, verdadeiros titulares do poder, mas, em contrassenso, utiliza-se do meio idôneo (processo legislativo) para a criação e validação de atos ‘legalmente possíveis’ conquanto órfãos de dignidade e legitimidade, vez que não realizam a verdadeira justiça.

Pensar diferente disso é validar as atrocidades cometidas pelo regime militar no Brasil, ao editar os Atos Institucionais, sem sequer haver a validação do Congresso Nacional (Controle do Poder Executivo), no afã de exercer o poder de forma cada vez mais ampla e sem controle de quem quer que seja, em nome de um fim “maior”: manter a ordem.

Na verdade, os limites do direito de punir encontram amparo em alguns princípios que vingaram durante a Modernidade. De forma perfunctória, podem-se apresentar três princípios garantistas que delimitam o poder punitivo do Estado. O primeiro, o Princípio da Estrita Legalidade, seria a única forma de prevenir delitos racionalmente, indicando preventivamente os tipos penais em sede de ameaça legal, ou seja, só podem ser prevenidas e combatidas as ações previstas e não aquelas imprevistas, mesmo que danosas.

O segundo, o Princípio da Materialidade dos Delitos, onde seria possível prevenir delitos somente quando as ações fossem expressadas por comportamentos exteriores, e não em estados de ânimos interiores, ou situações subjetivas, como maldade, periculosidade, infidelidade, imoralidade, anormalidade psicofísica ou similares.

E o terceiro, o Princípio da Culpabilidade e Responsabilidade Pessoal, onde as ações passíveis de prevenção por meio da ameaça penal são somente aquelas culpáveis e voluntárias, e não

as inculpáveis decorrentes da involuntariedade de caso fortuito, da força maior ou ato de terceiros; a culpabilidade, a seu turno, trabalha com a ideia de dolo ou culpa, vedando a responsabilidade penal objetiva. A Constituição Federal ao estabelecer, em seu art. 5º, XLV e XLVI, que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, consagrou o princípio da pessoalidade que impede a punição por fato alheio como pode ocorrer em outros ramos do direito.

Tais parâmetros expostos acima são essenciais para se evitar o arbítrio por parte do Estado, posto que os atos e as práticas da Administração devem estar em compasso com os desígnios de uma sociedade, decorrentes de um contrato social objeto da criação do Estado.

3 CONTEXTO CONSTITUCIONAL E O GARANTISMO PENAL

Com o Estado Moderno emerge uma nova ideologia fundada na Constituição, na separação dos poderes e nos direitos individuais. A Constituição de 1988 assegurou princípios que compreendem o Direito Penal, incorpora valores superiores que envolvem a comunidade, expressando ideais de liberdade e democracia que compõem o Estado.

Alvissareiro é o chamado Estado Constitucional de Direito, eis que impõe submissão constitucional ao princípio da legalidade, fazendo com que o ordenamento jurídico tenha como condição de validade a própria Constituição. As leis e outras normas juridicamente postas perpassam pelo filtro constitucional de validação, seja pela sua faceta formal, que operará sob o prisma da formalidade, seja pela outra faceta, a material, que condicionará o conteúdo normativo-jurídico à compatibilidade constitucional.

No que tange à normatividade da Constituição, tem-se que tais normas se sobrepõem as normas jurídicas, sobre ela recaindo a possibilidade de impingir o regramento ali posto a todas as demais leis que compõem o conjunto normativo, como condição de validade destas últimas.

O Estado Constitucional de Direito impõe, também, uma mudança nos textos constitucionais mais modernos, pois não mais estão limitados a trazer consigo as bases da organização estatal, passando a imprimir-lhe valores de efeitos concretos até então não abordados, por influência positivista.

Do ponto de vista material, dois são os pontos que merecem destaque: a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, com maior atenção para a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a expansão dos conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas encontradas no sistema constitucional vigente.

Já a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica deflui dos sistemas que adotam o modelo de Constituição rígida, nos quais a modificação do conteúdo constitucional está adstrita a regras específicas e a processo legislativo especial, agravado por maiores imposições.

No modelo de rigidez constitucional, há distinção entre as leis constitucionais, que são superiores, e as leis comuns, inferiores, entre as quais há uma relação de hierarquia, com destaque para as primeiras, que se apresentam no topo hierárquico normativo.

Com relação à centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, como decorre da literalidade

textual, a Constituição se encontra no centro do ordenamento jurídico, devendo as demais leis que compõem os diversos ramos do Direito buscar compreensão e interpretação conforme a Norma Maior.

É de se ver que esses valores estão espalhados na Constituição Federal de 1988, desde o seu preâmbulo, onde se destacam: assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias; a dignidade da pessoa humana; a prevalência dos direitos humanos; o pluralismo político; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; o repúdio ao terrorismo e ao racismo; os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados.

Essa imensa carga de valores é o fruto de uma sociedade que sofreu com o regime ditatorial e, ao mesmo tempo, aprendeu com o sofrimento dos que foram massacrados pelo nazismo e pelo fascismo. Não poderia ser outro o texto constitucional advindo dessa sociedade que não fosse a mais garantista possível, e que elevasse esses valores ao patamar de norma jurídica com absoluta superioridade hierárquica.

O direito penal caracteriza-se pela mínima intervenção e pela máxima garantia dos direitos individuais fundamentais, tendo por função defender os direitos humanos positivados nas Constituições e no direito internacional. O Estado de Direito na democracia é essencialmente garantista. Logo, o garantismo penal assume papel fundamental onde sustenta o direito penal e leva às garantias positivadas colocando-as ao alcance dos indivíduos (CARVALHO, 1999, p. 752). Com efeito, a conquista da valoração da pessoa humana constitui um bem da civilização contemporânea que não pode ser destruído ou minimizado.

Neste momento, é notória a relevância da distinção ideológica entre as justificativas (garantismo penal e abolicionismo) do direito penal.

O garantismo penal, criado por Luigi Ferrajoli (2002), com fonte no pensamento iluminista, é uma doutrina justificacionista. O garantismo propõe um modelo apto a evitar a vingança privada, por meio de procedimentos e condições para a imposição da pena, discutindo, assim, a qualidade, os limites, as condições e os momentos de sua imposição, a fim de limitar requisitos segundo os quais ela poderá ser considerada legítima.

O que se defende é o Direito Penal Mínimo, tendo em vista a ciência do prejuízo ocasionado por sua aplicação e a necessidade de encontrar meios de solucionar conflitos. Assim, o Direito Penal precisa de legitimação externa (contratualismo) e legitimação interna (princípios constitucionais).

Diante do movimento de lei e ordem, bem como pela seletividade do sistema penal, a falência da prisão e a ilusão sobre a imparcialidade do juiz, surge a doutrina abolicionista. Fundada por Louk Hulsman e Celis (1999), o abolicionismo milita pela total extinção da pena, com a substituição desta ferramenta por outros instrumentos não institucionalizados nem coercitivos de

resposta aos delitos, mas sim, através da conciliação.

Para Pereira (2014), a contribuição que o abolicionismo trouxe consiste na análise das misérias do Direito Penal, promovendo a conscientização acerca dos conflitos que devem ser sanados, em observação à fragilização do primórdio da dignidade da pessoa humana perante a inadequada aplicação do *jus puniendi* e da prisão.

Ademais, embora sejam doutrinas antagônicas, o diálogo entre o garantismo e o abolicionismo pode gerar duradouros efeitos ao primeiro, uma vez que as críticas abolicionistas ocasionam aperfeiçoamentos ao segundo, tornando-o, assim, mais perceptível e implementável em termos pragmáticos.

Toda vez que surge uma nova tipificação delituosa pelo legislador, impõe-se um ônus à coletividade, em razão da possibilidade de punição sobre todos os cidadãos que vierem a incorrer neste novo tipo penal.

Na atual conjuntura do direito penal, constata-se a dificuldade de encontrar um meio termo entre a tutela da segurança social com as garantias individuais fundamentais da pessoa humana.

Evidencia-se, nesta linha, a essencialidade da presença do Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade, assim também chamado. São conceitos que foram atualizados ao longo do tempo e adquiriram uma nova roupagem. Aristóteles (1985b), em *Ética a Nicômaco*, dizia na teoria do justo meio que o bem é procurar a excelência moral. Se alia à ideia da proporção, sob o ponto de vista do direito penal, no século XVIII. Tal princípio está contido na Carta Cidadã de 1988 de forma implícita, precipuamente no seu preâmbulo. Como ilustração ao excesso legal, vê-se o uso de algemas para os delinquentes que não apresentam periculosidade alguma à sociedade.

O grande fundamento do Princípio da Proporcionalidade é evitar o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados [...]. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 41).

Com fundamento na doutrina alemã, o autor descreve que a proporcionalidade deve compreender: a) adequação: meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; b) exigibilidade: [...] meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível; c) razoabilidade: as vantagens devem superar as desvantagens (CARVALHO FILHO, 2012, p. 41).

Nas palavras de Zaffaroni (2004, p. 172), “o princípio da humanidade das penas é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente [...] como também qualquer consequência indelével do delito.”

É de se levar em consideração os axiomas contidos na Constituição Federal de 1988 “*Nulum crimen, nulla pena sine legis*” (não há crime sem lei anterior que o defina). Assim, deve-se previamente indagar se realmente houve conduta? Se a mesma é típica? É lícita? O autor é culpado? A instauração da ideia de responsabilidade pessoal – o princípio da personalidade penal – foi algo de suma importância porque este princípio até então era desconhecido. A pena não pode ir além da pessoa do infrator. Todos os enunciados protetivos, de cunho constitucional, relativos ao direito penal, estão em sua maioria insculpidos no art. 5º da Carta Maior.

Valioso ressaltar que a lei regulará a individualização da pena em três fases: a) primeira

fase, cominação: é o trabalho que individualiza a pena; b) segunda fase, aplicação: o juiz levará em consideração para sua aplicação a ação praticada pelo agente contrária as determinações da norma, cabendo-lhe a censura, sem olvidar da participação da vítima; c) terceira fase, execução: é regida pela Lei das Execuções Penais.

O princípio conceitual de que toda violência destrói a si mesma, sua real manifestação se dá no fato de uma violência anular a outra e esta outra se torna jurídica (representada pela pena). Tal princípio está ligado ao Espírito da lei de Montesquieu (1991) em que “A severidade das penas convém melhor ao Governo despótico, cujo princípio é o terror, do que à monarquia e à república, cujo motor é a honra e a moral.”

Na Teoria das Penas Legais – tratado das provas judiciais –, o Juiz lança mão de outros expedientes quando a pena é demasiada. A pena deve ser a expressão do fato social. Além de analisar as causas de aumento e diminuição da pena, sendo analisadas as causas de aumento e diminuição na sua cominação.

O juiz pode valer-se de mecanismos para legitimar e justificar a pena, tais como o princípio da culpabilidade, que condiciona a intervenção estatal ao resultado danoso e o princípio da subjetivação, pelo qual se observa elementos subjetivos na ilicitude, este presente na Lei Maior (art. 5º, LVIII, CF/88) (BRASIL, 2004).

O Estado não pode timbrar o cidadão de culpado enquanto estiver vinculado a um processo. Quanto a passagem de um estado de inocência para de culpa deve se observar: o Princípio da Personalidade da Pena (art. 5º, XLV, da CF); o Princípio da Responsabilidade sobre o fato; e o Princípio da Punibilidade (BRASIL, 2004).

A formação do homem da lei é demasiadamente legalista. Pode-se imaginar enganosamente que a regra é o centro do direito. Na realidade, existem concepções de cunho social e filosófica que influenciam a construção moral do homem.

A Teoria do Garantismo Penal, desenvolvida por Luigi Ferrajoli (2002), na sua obra *Direito e Razão* diz: A Teoria do garantismo penal pressupõe um modelo normativo do direito no qual há um sistema de limites à autoridade punitiva com o fito de conferir maior garantia de liberdade.

Essa Teoria tem por base uma antítese: de um lado as liberdades individuais e de outro o poder punitivo do Estado. Nesse campo, Ferrajoli (2002) defende que o poder punitivo do Estado deve ser minimizado, ao ponto sustentável, e maximizadas as liberdades dos cidadãos. Garantismo é, portanto, o meio termo que se alcança com o Direito Penal diminuído, através de uma política criminal minimalista, o que gera, na visão do jus filósofo, o equilíbrio.

Primeiramente, há que se ter em mente que garantias são direitos, privilégios, isenções e imunidades que a Constituição confere aos cidadãos. O Garantismo é um modelo de política criminal que representa uma releitura do Direito Constitucional, como obviedade de uma Democracia Constitucional, que garante a todos os direitos fundamentais, sejam eles de liberdade, sociais ou políticos, com sua incidência, necessariamente, no Direito Penal, de onde surgiu e se desenvolveu. Por ser justamente um modelo normativo, o Garantismo pode e deve ser extensivo a todos direitos fundamentais, seja no âmbito social, privado ou público, como meio de proteção.

Grande contribuição para se entender o mecanismo dos métodos punitivos imputados pelo poder Estatal, foi dado por Foucault (2004) no sentido de a pena não ter apenas teor repressivo, mas também da adoção de outras táticas mais brandas, voltadas para a humanização das penas, imputadas de acordo com uma regulamentação legal, precisa e indistinta para todos.

Desta feita, Luigi Ferrajoli (2002) centra o garantismo com base no desequilíbrio entre a liberdade humana e o Poder Estatal. A normatização do Estado deve se voltar para o alcance do direito penal mínimo, em que as liberdades são aumentadas e o poder sancionador é reduzido ao mínimo necessário à manutenção da ordem pública. Não se quer, com isso, pregar o estado criminalmente abolicionista, sem regras, nem mesmo o Estado Antiliberal, extremamente punitivo. Garantismo é um modelo de direito amparado em uma liberdade regrada.

Para se entender isso, essa gama de proteção ao ser humano face o arbítrio estatal (limitação do Poder), há que se relembrar as atrocidades sofridas pelo homem em nome do Estado, as marcas indeléveis do nazismo e do fascismo, aqui no Brasil do regime militar, que, sob justificativa de manutenção da *ordem*, do *sistema*, castravam as mínimas garantias em prol do ideal defendido pelo regime de plantão.

Assim, o Estado não pode mais ser visto como aquele ente sedento por punição, mas, sim, aquele que está limitado na sua condição punitiva justamente pelo garantismo. Isso representa uma nova roupagem ao velho Estado, que um dia foi pensado e defendido por Thomas Hobbes (2006) como sendo o *Leviatã*, uma autoridade máxima, inquestionável, ao qual todos deveriam obediência. Já em Beccaria, como citado anteriormente, o Estado deveria punir porque o fazia justificado na “necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares”.

Ocorre que, em inúmeras vezes, é o Estado que surrupia as mínimas garantias dos cidadãos, sob essa pífia justificativa de fazer justiça, da prestação da segurança aos administrados, de punir os responsáveis, o que se afigura altamente perigoso, pois se esquece de primeiro achar os responsáveis para depois puni-los. É tamanha a necessidade de punir e mostrar à sociedade que o modelo adotado funciona que o Estado, por vezes, ocupa-se mais com a punição do que com a cognição.

Na visão de Ferrajoli (2002), o garantismo, advindo do Direito Constitucional moderno, representa uma larga escala de direitos limitativos a todos os tipos de poder, como sendo um núcleo de proteção conferido aos cidadãos contra os excessos estatais.

Nesse passo, o garantismo penal não passa a ser somente uma garantia de liberdade e imunidade contra o arbítrio, mas uma garantia de verificação da verdade, através do processo de cognição, no qual são veladas todas essas garantias para que se chegue, definitiva e indubitavelmente, à verdade, à certeza.

Aí é que aflora o modelo de Direito Penal mínimo como um modelo garantista, fundado nas balizas do processo de conhecimento, a fim de se ter a garantia da certeza do direito, certeza que é relativa, mas que concebe ao Estado, como titular do direito de punir, e ao acusado, como destinatário das garantias, a certeza de que não serão feitas acusações infundadas, imprecisas.

Então, visa o garantismo a certeza nas imputações fáticas que são perpetradas pelo Estado,

como deve sê-lo, através de um processo de conhecimento, preservando as garantias do acusado, não utilizando o processo como meio de estigmatizar, de rotular, de punir por punir, de punir porque há que se ter culpados, mas de sancionar aquele que realmente cometeu o delito, posto da certeza, ainda que relativa, do fato típico configurado e aclarado no devido processo legal de conhecimento.

Isso não quer fazer crer que o modelo garantista penal só admita o processamento diante da verdade absoluta, eis que inexistente essa verdade, posto ser sempre relativa, já que sujeita à probabilidade, inclusive do erro, o que sempre deve ser considerado pelo Poder Judiciário. O erro é imanente à condição humana e a verdade absoluta, não.

O que se deseja garantir é a verificação da verdade, da forma mais correta e segura em relação ao processo, daí ser o processo de conhecimento uma marca do garantismo (*cognitivismo processual*), a busca da verdade, que não acusa sem a certeza, levando-se em conta a prefalada relatividade da verdade e a sempre presente possibilidade de erro.

Acerca dessa verdade, que não é absoluta, mas um forçoso trabalho de cognição processual, afirmou Ferrajoli (2002), que “um direito penal totalmente com verdade”, se se entender “verdade” em sentido objetivo, representando uma utopia que é tão importante perseguir quanto ilusória e perigoso é acreditar que seja possível alcançar”.

Desta feita, a busca desse garantismo penal, segundo Ferrajoli, pode ser alcançado pelo que ele chama de sistema garantista, que se perfaz em dez axiomas ou dez princípios axiológicos fundamentais, como técnicas de minimização do poder institucionalizado, divididos, sinteticamente, em três grupos de garantias, a saber: Ferrajoli utilizou técnicas de minimização do Poder Institucionalizado do Estado que estão representadas nesses 10 axiomas, de garantias relativas à pena, relativas ao fato ou crime e garantias relativas ao processo. No caso das garantias correlatas à pena: *Nulla poena sine crimine*, não há pena sem a prática do crime, e para que se possa afirmar o cometimento do crime é necessário que ele tenha sido efetivamente perpetrado; *Nullum crimen sine lege*, esse corresponde ao princípio da legalidade, e assim, não há crime sem que haja lei anterior (princípio de anterioridade), escrita e certa. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, não há lei penal sem necessidade, ou seja, sem necessidade não se criam leis penais, é o princípio da necessidade ou princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

Em se tratando das garantias correlatas ao delito, têm-se: *Nulla necessitas sine injuria*, ou seja, não há necessidade de aplicação da lei penal sem relevante e concreta (não abstrata) lesão ou perigo de lesão, é o princípio da lesividade, da estrita proteção aos bens jurídicos; *Nulla injuria sine actione*, se não há exteriorização da conduta, não há lesão, é o princípio da exteriorização da ação ou, ainda, da materialidade, não se pune sem ação, só por pensamento ou por adoção de mero estilo de vida, e há que se ter a ação exteriorizada; *Nulla actio sine culpa*, não há ação típica sem dolo ou culpa, é o princípio da culpabilidade e também da responsabilidade pessoal.

Sobre as garantias correlatas ao processo: *Nulla culpa sine iudicio* ou o princípio da jurisdicionariedade, a culpa há de ser verificada em regular juízo, e o reconhecimento de culpa é feito pelo órgão judicial, face, inclusive, o monopólio da jurisdição; *Nullum iudicium sine*

accusatione, ou a acusação não pode ser feita pelo próprio juiz, é o princípio acusatório, pois o juiz não age de ofício, ou da separação entre o juiz e acusação, portanto, não pode reconhecer culpa sem ser provocado. Inicialmente, o juízo é inerte, não produzindo prova diretamente, mas subsidiariamente; *Nulla accusatio sine probatione*, isto é, não há acusação sem o mínimo de prova, pois a acusação é que deve ser provada, não a inocência, é o princípio do ônus da prova (que cabe a quem acusa) ou da verificação; *Nulla probatio sine defensione* ou não há prova válida sem contraditório e defesa, é o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Como visto, Ferrajoli (2002) encadeia os axiomas de forma sucessiva e sistemática para o que chama de regras do jogo fundamental do direito penal ou princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto”, que vieram a ser incorporados às Constituições e Codificações do moderno Estado de direito.

Segundo o idealizador da Teoria, *Nulla poena sine crimine*, *Nullum crimen sine lege* e *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* respondem às questões de *quando e como punir*. *Nulla necessitas sine injuria*, *Nulla injuria sine actione* e *Nulla actio sine culpa* respondem às questões de *quando e como proibir*. Já os axiomas da *Nulla culpa sine iudicio*, do *Nullum iudicium sine accusatione*, da *Nulla accusatio sine probatione* e da *Nulla probatio sine defensione* respondem, finalmente, às questões de *quando e como julgar* (FERRAJOLI, 2002).

De forma lógico-sucessiva, expõe que não há pena sem a prática do crime. E para que haja o crime, há que ter lei anterior tipificando a conduta socialmente repreendida. Deve, pois, a conduta justificar a atividade legislativa, porque sem necessidade não se cria a lei penal. Para que essa lei deva ser aplicada, necessária se faz a presença de relevante e concreta lesão ou, no mínimo, de perigo de lesão. Portanto, sem a exteriorização da conduta, não há lesão, pois não se pune sem ação, só por pensamento, eis que pensamento não traduz concretude.

Esse fato concreto de lesão deve ser imputado a alguém, pessoa determinada, para se apontar o culpado. Mas essa culpa só pode ser apontada pelo juízo, pois compete ao órgão judicial o monopólio da jurisdição, logo, só ele pode reconhecer a culpa.

Não obstante a imputação da culpa, a acusação não pode ser feita pelo próprio juiz, pois ele não age de ofício, pois julgar é uma coisa e acusação é outra diversa, devendo o juiz ser provocado para tal fim.

De outra parte, para se acusar alguém, deve-se ter prova do alegado, já que alegar sem provar é o mesmo que não alegar, competindo ao acusador fazer a prova. Essa prova, para seja válida, deve respeitar o contraditório e a ampla defesa, sob pena de invalidade, devendo mais ser obtida de forma legal e não espúria.

Com essa construção lógica, Ferrajoli (2002) aponta que esses dez axiomas vão dar corpo, por silogismo, a quarenta e cinco teoremas que reforçam a tese da utilização prática, e não apenas do “dever-ser”, do garantismo pelo Estado através dos operadores do direito.

CONCLUSÃO

Interessante notar que o próprio idealizador do garantismo penal aponta que o Estado será mais ou menos garantista o tanto quanto adotar, com maior ou menor aceitação, a teoria em suas Constituições e Codificações.

Nesse contexto, o Brasil se encaixa como um modelo de Estado de direito social, pois veda ações estatais que restrinjam a liberdade dos cidadãos [ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante...] ao tempo em que garantem prestações positivas por parte desse mesmo Estado [o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados...].

Outro ponto diferente apontado por Ferrajoli (2002) está em que o garantismo, embora tenha o condão de juridicidade, traz consigo, ao lado dos aspectos formais, os aspectos substanciais, o que até então estava alijado do processo de avaliação jurídica. Eis um contraponto importante à teoria desenvolvida por Hans Kelsen, para o qual se deve abstrair dos valores.

No entendimento do jus filósofo, encontram-se os pressupostos formais e substanciais presentes na validação do processo de construção da norma jurídica, porque configura maior grau de legitimidade a esta. Não basta só que uma norma seja elaborada e esteja de acordo com os procedimentos formais alinhados previamente pelo ordenamento jurídico. Isso é o que reflete a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen.

Na teoria kelseniana, a validação de uma norma é encontrada em outra norma hierarquicamente superior e temporalmente anterior. Deveria a novel legislação estar concorde com as balizas formalizadas pela lei superior pretérita. É um sistema de derivação contínua, na qual a posterior valida a anterior. Como já se disse, não se busca a justeza da norma jurídica, mas tão somente se era o direito posto (lei) e se advinda daqueles que poderiam produzi-la, ou seja, da autoridade competente, à qual era dado o poder de competência normativa para criar essa expressão de vontade geral.

É nesse ponto que Luigi Ferrajoli (2002) acrescenta o plus da sua teoria, o valor, a materialidade e a substancialidade. Não importa só se a norma obedece aos aspectos formais exigíveis até então. É preciso que ela tenha um valor em si e respeite os valores que compõem o ordenamento jurídico vigente. Eis que, desta forma, haverá solo fértil para o garantismo penal, pois não basta ser lei oriunda do processo legislativo, mas, ser lei substancialmente atinente aos valores defendidos e consagrados no sistema constitucional em vigor.

Enquadramento formal é pouco, deve-se ter o embasamento substancial, essencial como pressuposto de validação. Ferrajoli (2002) acrescenta um novo elemento ao conceito de validade. Para ele, uma norma será válida não apenas pelo seu enquadramento formal às normas do ordenamento jurídico que lhe são anteriores e configuram um pressuposto para a sua verificação. Supera-se o modelo formalista e vai-se ao encontro do elemento substancial do universo jurídico.

Daí porque se chama a Teoria do garantismo penal de um modelo normativo do direito

no qual há um sistema de limites à autoridade punitiva com o fito de conferir maior garantia de liberdade. Não se constitui em um só ato, em um só diploma legal, mas numa ideia que deve ser adotada pelo Estado em todo o seu ordenamento jurídico, principalmente o constitucional. É, em resumo, uma garantia jurídica para se asseverar a responsabilidade e a aplicação da pena.

Aqui, a lei inferior é válida quando formalmente realizada, emitida por poder competente, em procedimento previsto, e, máxime, quando não violou a Constituição Federal substancialmente, essencialmente. Não se fere uma lei superior só na sua forma, mas também na sua essência.

Outro ponto de destaque está em que, ao contrário do que apregoou Beccaria para justificar o direito soberano de punir os delitos “na necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares”, Ferrajoli (2002) propõe o cognitivismo processual para garantir a verificação da verdade, da forma mais justa e segura em relação ao processo, na busca da verdade (sempre relativa) e afastamento ao máximo do erro (imaneente à atividade humana).

Disso se deflui que quanto maior a *vontade* do Estado em praticar o processo de conhecimento, menor será o de estigmatizar, de punir por punir, pois este exercitará as garantias penais ao máximo e reduzirá as chances de erro, fazendo acontecer a verdadeira justiça, através do devido processo penal de mínima incidência e máximas garantias, eis que o processo penal não é um meio de pura repressão, mas de acerto de fato determinado como crime e de sua autoria.

Nesta esteira, pode-se dizer com Warat (1982, p. 48), que a teoria do delito fornece o limite das interpretações legítimas. “Sem a teoria do delito [...] não se pode expressar uma plenitude significativa para nenhum delito, eis que as normas jurídicas não têm, por si só, um sentido pleno.”

Desta forma, a produção de uma ideologia legitimadora do poder punitivo, baseada no garantismo, acompanha, desde o começo, a história do Direito penal moderno (BARATTA, 1986, p. 79-80, 82), no marco de um projeto do “Direito Penal”.

Cumpra dizer que a composição (modernidade, razão penal, constituição e arbítrio) traz um mapeamento filosófico com fundamentos circundantes no aspecto do garantismo ou não do direito penal. A modernidade trouxe consigo ideais de progresso e importantes valores de inspiração humanística. Em seu bojo foram construídos elementos determinantes formados ao longo de sua tradição (Revolução Francesa, quebra do absolutismo, ideias iluministas, ascensão da ciência, declarações de direitos, formação do Estado, ascensão da burguesia, expansão do liberalismo econômico, controle democrático do despotismo político, consolidação do positivismo jurídico) que influenciou as sociedades que sucedeu a este marco histórico, como também trouxe profundas repercussões no mundo do direito em geral, precipuamente do direito penal.

O direito penal moderno consubstanciou uma promessa de racionalização do poder punitivo do Estado como garantia dos direitos individuais do acusado. Na verdade, uma promessa de segurança jurídica, como uma concepção garantidora (cujo ingrediente fundamental é a dicotomia Poder do Estado *em face do* indivíduo).

Diante do exposto, utilizando-se da inteligência do Doutor professor Carlos Alberto Menezes (2008)¹, infere-se que a experiência jurídica mostra-se desapontada com a promessa de segurança

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Atualmente é professor adjunto III da Universidade Federal de Sergipe. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal. Professor da

jurídica que um dia a razão penal prometeu ao indivíduo, dotado de razão e subjetividade, cuja razão moderna contempla-o como aquele que fez a passagem da dependência para a emancipação, tornando-se capaz de responsabilidades (direitos e deveres). Reconhece-se, então, o caráter limitado do sistema penal que apresenta legitimidade com esteio na garantia da legalidade.

Em última análise, o Direito Penal passou por diversas transformações e será passível de outras, conforme o acompanhamento histórico da evolução social. Não seria plausível abolir o Direito penal, nem abolir as prisões. Entretanto, deve-se garantir a sua utilização mínima, com base na legalidade e demais garantias amparadas pela Carta Magna de 1988. Deve-se ainda promover um profundo debate que envolva não somente os que fazem e aplicam as leis, mas a sociedade como um todo, receptora do sistema que envolve o ordenamento jurídico, no sentido de assegurar aos cidadãos uma razoável garantia jurídica que afaste os mesmos de qualquer tipo de arbítrio por parte do Estado.

REFERÊNCIAS

- ACHENBACH, Hans. Imputación individual, responsabilidad culpabilidad. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). **El sistema modern del derecho penal**: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario. Traducción de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.
- ARISTÓTELES. **A política**. Brasília: Editora UnB, 1985a.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora UnB, 1985b.
- BARATTA, Alessandro. Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. **Poder y Control**, Barcelona, n. 0, p.77-92, 1986.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos e fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRASIL. **Constituição Federal Brasileira**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.
- CARVALHO, Salo de. Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 76, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de de Raquel Ramalhete. Pós-graduação *strictu sensu* da UFS.

28. ed. São Paulo: Vozes, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

HEGEL, Georg. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENEZES, Carlos Alberto. **O limite das exculpantes penais: a inexigibilidade de conduta diversa como topos e solução**. Orientador: Dirceu de Mello. 2008. 199 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1991.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConsAutor.html?AgEventLink170=S119_R170_140_&cod_item=5007. Acesso em 12 set. 2019.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 295-306, jan./mar 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Pietro Nassetti, São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Como citar: SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de; GARCIA, José Ailton. Razão penal e garantismo no processo decisório da modernidade criminal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 107-126, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 107. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 16/08/2019.

Aprovado em: 11/11/2019.

**O ESTADO COMO EMPRESÁRIO DE OURO: UMA QUESTÃO
DE SOBERANIA NACIONAL E DE RELEVANTE INTERESSE
COLETIVO**

THE STATE AS A GOLD ENTERPRISE: A QUESTION OF
NATIONAL SOVEREIGNTY AND OF RELEVANT COLLECTIVE
INTEREST

Cláudio Luiz Gonçalves Souza*
Giovani Clark**

Como citar: SOUZA, Cláudio Luiz Gonçalves; CLARK, Giovani. O Estado como empresário de ouro: Uma questão de soberania nacional e de relevante interesse coletivo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 127-141, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 127. ISSN: 1980-511X.

* Doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Administração do Comércio Exterior. Professor Titular da PUC-MG. E-mail: claudio.kureco.adv@gmail.com

**Doutor, mestre e graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da PUC-MG nos cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) e da Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Foi Diretor-Presidente da Fundação Brasileira de Direito Econômico (FBDE) de 2007 a 2011.

Resumo: O Estado Brasileiro, na condição Empresário, pode exercer papel estratégico na condução e controle das atividades produtivas relacionadas à exploração e exploração mineral de ouro, na atual conjuntura “global”, a fim de concretizar a soberania nacional e o desenvolvimento da nação. Por outro lado, a atividade de mineração revela-se, mormente no Brasil, ao longo de todos os anos de sua existência, desde a fase colonial até nos dias atuais, como sendo um dos principais produtos nacionais, ainda que na condição de *commodity*, responsável por resultados positivos em nossa balança comercial. A investigação do ensaio tem como objeto central a possibilidade constitucional do Estado intervir diretamente no domínio econômico, enquanto empresário, na mineração de ouro, por relevante interesse coletivo, visando utilizar o ouro como reserva cambial e meio de pagamento internacional pelo Estado. A pesquisa é bibliografia e documental, possuindo como referencial teórico os ensinamentos de intervenção estatal no domínio econômico do Prof. Washington Albino Peluso de Souza, bem como a distinção entre ação e intervenção estatal no domínio econômico do Prof. Eros Roberto Grau.

Palavras-chaves: Estado empresário. Intervenção direta do Estado no domínio econômico. Soberania Nacional. Mineração de ouro.

Abstract: The Brazilian State, as an Entrepreneur, can play a strategic role in the conduct and control of productive activities related to the exploitation of gold, in the current “global”

conjuncture, in order to implement national sovereignty and the economic development of the nation. On the other hand, the activity of mining reveals itself, mainly in Brazil, throughout all the years of its existence, from the colonial phase until today, as one of its main products, although in the condition of commodity, responsible for positive results in our trade balance. This essay's investigation has as its central object the constitutional possibility of the State intervening directly in the economic domain, as a businessman, in gold mining, by relevant collective interest, aiming to use gold as a foreign exchange reserve and international means of payment by the State. This research is of a bibliographic and documental nature, possessing as its theoretical reference the theme of state intervention in the economic domain from the perspective of Washington Albino Peluso de Souza, as well as the distinction of state action and intervention in the economic domain from the view of Eros Roberto Grau.

Keywords: State Businessman. Direct State intervention in the Economic Domain. National Sovereignty. Gold Mining.

INTRODUÇÃO

As atividades econômicas, mormente aquelas desenvolvidas pelas sociedades empresárias da atualidade, no âmbito das suas relações jurídicas de natureza mercantil, submetem aos comandos de nossa Constituição de 1988, possuidora de um modelo produtivo plural, podendo o Estado intervir direta (via empresas estatais) e indireta (via normas jurídicas) no domínio econômico.

Constitucional é admitida a participação da iniciativa privada no processo produtivo da nação, assim como é assegurado a ela o direito à propriedade privada dos meios de produção, inclusive em sede dos preceitos constitucionais (art. 170, II da CR). Todavia, não se pode abordar a garantia da propriedade, em face do texto constitucional, sem que se mencione acerca da função social dos ditos meios privada de produção (Art. 170, III da CR), além do poder-dever estatal de normativa nas atividades econômicas (Art. 174, Caput da CR).

Assim sendo, como um dos segmentos econômicos estratégicos, a mineração de ouro é fundamental ao desenvolvimento nacional e no exercício de nossa soberania, pois o ouro, dentre outras funções e utilidades, pode e deve ser usado com reserva cambial de uma nação e, logicamente como meio de pagamento internacional.

Pelas razões acima ou por outras, alguns setores da economia, e dentre elas, as atividades de exploração e exploração do ouro, não podem ser totalmente “liberados” pelo Estado, justificando a sua intervenção direta por exemplo, nem vista somente como mera atividade lucrativa e desprovida de interesse coletivo.

Dúvidas não sobejam de que as atividades de mineração de ouro, a intervenção do Estado deve ser efetiva, pois pode ser de fundamental importância a liquidez da nação, seja nacional e internacional, evitando/minorando assim especulações sobre a capacidade de pagamento estatal.

Porem, na atualidade, ao ceder às pressões do poder econômico nacional e internacional, o Estado brasileiro tornou-se um mero regulador de mercado, priorizando as privatizações e os lucros do capital privado, isso com fulcro nas “recomendações” do denominado “Consenso de Washington”, dos anos noventa do século passado, onde encontramos os ditames do neoliberalismo de regulação e agora de austeridade. Em face das ditas “recomendações”, o Estado empresário vem sendo destruído paulatinamente, sem qualquer preocupação como o seu papel estratégico, seja devido à soberania nacional, seja objetivando a prestação dos serviços públicos em face da dignidade humana ou dos custos da produção.

Ademais, o modelo de exploração/exportação de recursos naturais no Brasil, como de ouro, produz geralmente resultado negativos ambientais e socioeconômicos, em séculos de atividades literalmente predatórios, na concepção mais ampla e plena da palavra, quase nada deixou de legados ou de benefícios aos povos brasileiros e da América Latina.

A investigação do ensaio tem como objeto central a possibilidade constitucional do Estado intervir diretamente no domínio econômico, enquanto empresário, na mineração de ouro, por relevante interesse coletivo, visando utilizar o ouro como reserva cambial e meio de pagamento

pelo Estado.

A pesquisa produzida no artigo é bibliográfica e documental, possuindo como referencial teórico os ensinamentos concernentes à intervenção estatal no domínio econômico do Prof. Washington Albino Peluso de Souza, bem como a diferença entre ação e intervenção estatal no domínio econômico do Prof. Eros Roberto Grau.

1 O ESTADO E SUA ATUAÇÃO PARTICIPATIVA NO PROCESSO PRODUTIVO

Com o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, uma das formas encontradas para tentar superar as dificuldades do capitalismo e suas injustiças, foi exatamente contar com a intervenção indireta e direta no processo produtivo.

Com efeito, tem-se que a intervenção indireta estatal no domínio econômico se estabeleceu através da regulamentação, planejamento e normatização do sistema produtivo; assim como por meio da participação direta do Estado empresário (SOUZA, 2017, p. 330).

Deve-se ressaltar que a intervenção estatal direta passou então a contemplar não somente os serviços públicos em sua essência; mas também as atividades econômicas empresariais relacionadas aos empreendimentos comerciais, extrativas e industriais, sobretudo em tempos do neoliberalismo de regulamentação (SOUZA, 2017, p. 315).

Inserido nesse contexto, desenvolve-se então o denominado “Estado do Bem-Estar Social” (*welfare state*) ou “Estado Providência”, onde se verificou que o Poder Público passou a intervir agudamente com o propósito de debelar e/ou amainar as crises cíclicas do capitalismo, bem como realizar justiça social aos trabalhadores e outros extratos vulneráveis da sociedade.

Para tanto, dentre outras ações, o Estado então criou empresas estatais com as finalidades múltiplas, ressaltando não apenas os aspectos de natureza econômica, mas também de ordem política, social e tecnológica, ou seja, possibilitar a efetividade do texto constitucional e jamais bloquear a sua concretude (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2017, p. 9).

Porém, a partir dos anos 90, do século passado, a privatização para a iniciativa privada das empresas estatais, se constituíram um dos pilares centrais da política econômica reguladora (CLARK, 2008, p. 8), fortalecendo os oligopólios nacionais e internacionais em detrimento dos povos, conforme ditames definidos no “Consenso de Washington”. Indigitada circunstância nos leva a refletir sobre o conceito de “princípio da economicidade” traduzido pelo saudoso Professor Washington Peluso Albino de Souza que, por seu turno, exara uma definição muito mais ampla que o sentido “econômico” do vocábulo, ao aduzir que:

Talvez se fizesse necessário, neste terreno, acompanhar o pensamento maxweberiano com relação ao conceito de governo quando, tomando as relações religiosas, chega a um governo espiritual, referindo-se aos atos e às condutas dos fiéis. Neste caso, as recompensas apresentam-se como de natureza hierocrática e as vantagens medem-se em termos de felicidade em uma vida futura e além da existência terrena. Esta vantagem hierocrática seria a economicidade indicada e

que funcionaria como base da preferência e da decisão nos votos de pobreza e renúncia, no altruísmo puro (essencialmente antieconômico se o tomamos em face do sentido capitalista do lucro), nas mortificações e jejuns mais ou menos prolongados, nos votos de castidade, muitos deles representando autêntica subversão dos princípios vitais básicos, como a alimentação ou a reprodução. A amplitude do conceito de economicidade, permitindo uma definição de vantagem cujo sentido extrapola o do simples conceito corrente do econômico para aprofundar-se na apreciação personalíssima e se exprimir na preferência, na decisão, permitiria tal análise (SOUZA, 2002, p.307, grifo nosso).

E nessa esteira conceitual do Princípio da Economicidade, tanto a União, como Estados e Municípios brasileiros podem praticar atos empresariais, ou seja, atuar como Estado-Empresário (realizando atividade econômica) seja em regime de monopólio; seja ainda em concorrência e portando ao lado dos particulares, estabelecendo assim uma relação de competitividade e concorrência por meio das suas empresas estatais, conforme possibilita a Constituição de 1988 (art. 173, Caput da CR). Ademais, o Estado também pode atuar como empresário executando serviços públicos (Art. 175 da CR), porém não é objeto do ensaio.

A Constituição Econômica de 1988 fixa em seu artigo 173 se for necessário aos imperativos da segurança nacional ou ainda de relevante interesse coletivo, definidos em lei, poderá o Estado intervir diretamente no domínio econômico. Quanto ao referido artigo e sua adequada interpretação, ensina o Prof. Gilberto Bercovici (2011, p. 275):

O artigo 173 da Constituição de 1988 diz a respeito à exploração direta pelo Estado de atividade econômica em sentido estrito, não à excepcionalidade da intervenção estatal no domínio econômico. Isso porque, além de outros casos de exploração estatal direta de atividade econômica em sentido estrito previsto (como o artigo 177), há também a possibilidade de exploração direta pelo Estado de serviços públicos (artigo 175), cuja prestação é dever constitucional do Estado. O dispositivo no artigo 173 autoriza o Estado explorar diretamente a atividade econômica em sentido estrito quando esta for necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Este dispositivo constitucional esvazia qualquer vedação da exploração direta da atividade econômica pelo Estado com base na ideia de “subsidiariedade”, não incorporada, insisto, pela Constituição de 1988.

Assim sendo, alguns segmentos econômicos pela sua própria natureza, dentre elas a mineração de ouro, é fundamental ao relevante interesse coletivo e primordial a soberania nacional, inclusive os minerais constituem bens da União, reforçando a motivação para ser objeto de controle e exploração produtiva por ela.

2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO EMPRESÁRIO E A MINERAÇÃO DE OURO COMO ATIVIDADE DE INTERESSE COLETIVO

Nos ensinamentos do Prof. Washington Albino Peluso de Souza (2017, p. 35) quando se

mencionar sobre a intervenção estatal, estaremos nos referindo não apenas às “ações” diretas do Estado enquanto empresário em regime de concorrência ou monopólio a iniciativa privada, como também quando o mesmo atua nas prestações de serviços públicos, bem como da intervenção indireta, ou seja, quando o Estado produz as regulações/normatização/planejando dos setores produtivos e dos serviços públicos.

Destarte, podemos usar ainda a diferenciação de intervenção e ação estatal no processo produtivo em se tratando de atividade econômica, distinção importante nesse artigo, apresentada pelo Prof. Eros Roberto Grau (2010, p. 91-92) que, por seu turno, afirma sobre a adequação para o uso do vocábulo “*intervenção*” para se referir à intervenção do Estado no plano da atividade econômica em sentido estrito, ou seja, o Estado não está atuando em serviço público, mas sim em campo inicialmente possibilitado ao setor privado. Por outro lado, quando o Estado presta serviço público ou normatiza o mesmo não é “adequado” falar em intervenção e sim ação, pois ele atua direta ou indiretamente no que é de sua propriedade.

Bem próxima às modalidades de atuação estatal apresentado pelo homenageado, o Prof. Washington Peluso Albino de Souza apresenta as seguintes espécies de intervenção do Estado no domínio econômico: direta (Estado empresário - atuação via empresas estatais – art. 173 da CR), indireta (ação estatal via normas legais de indução econômica ou controle de preços, por exemplo – art. 174 da CR) e intermédia (por intermédio de agências reguladoras e suas normas). O jurista mineiro apesar de denunciar a consagrada, doutrinariamente, expressão intervenção como mais um preconceito dos liberais, trata da intervenção de forma genérica, sem proceder à diferenciação da atuação estatal enquanto prestador e regulador de serviço público (verdadeira ação do Estado na visão de Eros Grau), ou agindo em campo privado, digo, por direção, indução, participação ou absorção (atividade econômica em sentido estrito). Em uma leitura minuciosa da obra do saudoso jurista das Minas Gerais, podemos afirmar que geralmente ele se refere ao sentido estrito da atividade econômica estatal quando trata da intervenção, apesar de não excluir os serviços públicos do conteúdo das políticas econômicas (CLARK, 2013, p. 442).

Assim sendo na ótica do Grau (2010, p. 98), possuímos a atividade econômica em sentido amplo dividida em atividade econômica em sentido estrito e serviços públicos (GRAU, 2010, p. 100). Em sua linha de pensamento, a intervenção pública na atividade econômica em sentido estrito (campo inicialmente possibilitado ao setor privado) se distingue em três modalidades, são elas: (i) intervenção por absorção ou participação; (ii) intervenção por direção; e (iii) intervenção por indução (GRAU, 2010, p. 91).

Em apertada síntese, em se tratando da intervenção por absorção e participação, temos uma participação direta do Estado (empresário), agindo em regime de monopólio ou de concorrência com o setor privado, respectivamente, enquanto empresário (GRAU, 2010, p. 147).

Quando se trata da *absorção*, o Estado assumirá integralmente o controle e os meios de produção de determinada atividade econômica, monopolizando o referido setor. Ao intervir por

participação, o Estado estará assumindo apenas parcelas dos meios de produção, participando em disputa mercadológica com as empresas da iniciativa privada que também desenvolvem a mesma atividade econômica (GRAU, 2010, p. 147).

Lado outro, quando o Estado atua por *direção*, ele estará exercendo pressão sobre a economia, e estabelecerá mecanismos e normas de natureza obrigatória para os sujeitos que exerça as atividades econômicas em sentido estrito, tabelamento de preços por exemplo. Por fim, o Estado ao atuar por *indução*, estará manipulando, via estímulos múltiplos (prêmios, redução de tributos, etc.), os instrumentos de intervenção em sintonia com as leis reguladoras das atividades econômicas (GRAU, 2010, p. 147).

Destarte, o que se entende é que para setores estratégicos, como é o caso das minerações de ouro no Brasil, deve o Estado atuar diretamente, assumindo o controle de um segmento econômico (mineração de ouro, estoque do mesmo em barra, e depois uso como reserva monetária e meio de pagamento) que, por sua vez, é de insofismável importância a fim de evitar especulações sobre a capacidade de pagamento da nação de suas dívidas (isso enquanto garantia) e usar ainda o metal precioso como meio de pagamento caso necessário. Porém, nas duas últimas facetas do neoliberalismo, digo de regulação e de austeridade (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2017, p. 11), o Estado reduziu drasticamente a intervenção agindo como empresário.

Quando se aborda sobre as atividades econômicas estatal em sentido estrito na mineração de ouro, temos atualmente intervenção estatal indiretamente, por meio da Agência Nacional de Mineração (ANM), criada por meio da Lei n. 13.575, de 26 de dezembro de 2017 que, por seu turno, extinguiu o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), e que é dotada de personalidade jurídica de direito público, possuindo a competência de conceder aos interessados a autorização e a concessão da exploração e exploração mineral de ouro, por meio de autorização de pesquisa e do regime de concessão de lavra.

Contudo, as concessões de pesquisa (exploração) e lavra (exploração) de minerais, no Brasil, encontram-se regulamentadas pelo denominado “Código de Mineração”, aprovado pelo Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967, por meio dos artigos 14 e seguintes (concessão do Alvará de Pesquisa) e artigo 36 e seguintes (concessão de Portaria de Lavra), para brasileiros, pessoa natural, firma individual ou empresas legalmente habilitadas, mediante requerimento do interessado.

Todavia, verifica-se no texto constitucional que os recursos minerais se constituem em bens da União Federal, consoante consignado no artigo 20, inciso IX e parágrafo 1º do texto constitucional de 1988. Todavia, após a promulgação da Constituição de 1988, houve uma série de modificações na legislação minerária que, por seu turno, desnaturaram os ditames constitucionais e sua ideologia adotada (SOUZA, 2017, p. 28-29) ao possibilitar/ampliar ao capital estrangeiro a exploração das riquezas naturais, como o ouro, sem qualquer preocupação com a efetivação do texto constitucional.

Nem mesmo o denominado “Novo Marco Regulatório da Mineração” - Projeto de Lei

nº 5.807 de 19 de junho 2013 - que, por sua vez, tramita no Congresso Nacional e deveria ter prioridade devido a nossa dependência econômica em face do mesmo, ainda não foi devidamente apreciado, gerando uma série de embates e procrastinando sua aprovação, e, com isso mantêm uma legislação ultrapassada, apesar dos moldes do citado “marco” ser favorável aos oligopólios de mercado e continuador do sistema explorador/exportador de recursos naturais.

Com efeito, a escolha da atividade de mineração de ouro, via intervenção estatal direta, possui significativa importância, pois se refere à atividade estratégica e essencial ao Brasil, com o fito de fortalecer a nossa soberania nacional contra especulações sobre a capacidade de pagamento da nação, bem como o de não nos limitarmos a vendermos minerais, principalmente o ouro (importante ativo) e; por lado outro, adquirimos caras tecnologias e produtos industrializados. Aliás, o ouro é vendido no mercado físico e incorporado em vários produtos, sobretudo jóias e equipamentos de alta tecnologia.

Ressaltamos que admitimos o sistema produtivo capitalista em nossa Constituição Econômica (art. 170 a 190 da CR), como limitações e imposições, mas em face da ideologia constitucional adotada (SOUZA, 2017, p. 28-29); porém o comando da Constituição brasileira de 1988 adota o pluralismo produtivo no Brasil que, por seu turno, também possibilitam outras formas alternativas de produção.

Os comandos jurídicos plurais do texto constitucional brasileiro, incluindo a sua Constituição Econômica, possuidor de normas vinculantes de diversas matrizes ideologias políticas que participaram da sua elaboração, constroem uma ideologia constitucionalmente adotada a ser implementada necessariamente na realidade socioeconômica e ambiental nacional, seja pela sociedade (incluindo os agentes privados da economia), seja pelo aparelho estatal. A nossa Constituição Econômica, portanto, não adotou, logicamente, somente o capitalismo como forma de produção, mas apenas o admite como uma delas, e dentro de limites constitucionais - inclusive com o dever/poder estatal de atuar na vida social, econômica e ambiental. Aliás, bem ao contrário do que pregam os defensores da escola da análise econômica do direito, que desvirtuam a aplicação e interpretação do direito. Temos assim, nos conteúdos jurídicos da nossa ordem econômica constitucional, comandos (expressos e implícitos) que admitem/apóiam outras formas de produção (as acima citadas, por exemplo), convivendo entre si, não se limitando ao reducionismo da forma produtiva baseada nos meios privados e a exploração paga do trabalho. Em síntese, adotamos o pluralismo produtivo em decorrência lógica de termos garantido constitucionalmente uma sociedade plural (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2013, p. 292).

É importante uma política econômica pública setorial, abrangendo o Estado Empresário, intervindo nas atividades de mineração, isso em razão de toda sua relevância não somente para o plano financeiro nacional e internacional, como também para os âmbitos social, tecnológico e ambiental (a fim de não esgotar nossas reservas) fortalecendo o Brasil enquanto potencia mineral mundial apesar da finitude dos recursos e o pluralismo social e produtivo constitucional.

Ademais, não podemos deixar de considerar que as atividades de exploração e exploração

de ouro se afiguram como sendo de grande relevância e de incontestável interesse coletivo, uma vez que possui valor real para lastro das economias, como referimos anteriormente. Ensinam Chagas e Dias (2018, p. 29) sobre relevante interesse coletivo:

[.....] Contudo, ao contrário, a exigência de previsão expressa do conceito de interesse coletivo no caso concreto da constituição de uma empresa explicita a inevitável aproximação dessas empresas com a finalidade pública que deve motivar o exercício de suas atividades. Ao se exigir a previsão expressa do interesse coletivo objetivado com a exploração econômica de determinada atividade prevista no objeto social da empresa estatal está-se, na realidade, promovendo, à posição de destaque, a demonstração do interesse público motivador da escolha da atividade econômica e sua relação com a finalidade perquirida pela Administração Pública.

Malgrado seja oficialmente uma *commodity* com a sua cotação fixada em mercado internacional, o ouro é utilizado por instituições financeiras em todo o mundo como moeda de troca internacional. Em especial temos que o Fundo Monetário Internacional (FMI); o Banco Internacional de Pagamento (BIP); assim como o Departamento do Tesouro (o *Exchange Stabilization Fund*) e o Banco Central Norte-Americano (o *Federal Reserves*) tem influenciado diretamente na cotação e preço do ouro no mercado internacional.

Com efeito, os bancos e as companhias fazem transações com ouro metálico, o adquirem junto aos bancos centrais das nações para as suas próprias contas, assim como para as contas de diversos especuladores e até mesmo para produtores; e da mesma sorte emitem derivativos para aumentarem as receitas e reduzirem os riscos.

Por outro lado, a estimativa do montante de ouro no mercado de curto prazo é incerta; mas de acordo com Rosa (2002, p. 27), costuma exceder a dez mil toneladas de ouro metálico, ou seja, representa um terço do total de todas as reservas dos bancos centrais em todo mundo. Trata-se, portanto, de ouro que, a princípio, deixou de estar acessível ao mercado financeiro, mas que possui grande influência no desenvolvimento e na balança comercial das nações.

Ademais, as reservas de ouro do Fundo Monetário Internacional (FMI) também se constituem em importante instrumento à disposição do grande capital financeiro; circunstância em que inúmeras nações em crise financeira têm sido sistematicamente pressionadas a alienar parte ou até mesmo a totalidade das suas reservas de ouro como forma de viabilizar seus pagamentos.

Indigitada situação ocorreu com a Argentina no ano de 1997, circunstância que acabou por debilitar a sua capacidade de reação autônoma em razão de toda crise monetária e econômica que naquela nação se instalou e desenvolveu em face da contaminação proporcionada por diversos países asiáticos, conhecidos como “Tigres Asiáticos” que sofreram perturbação econômica e, dessa forma, abalaram diretamente a economia da Argentina.¹

É cediço que o volume global das transações correntes sobre o ouro excede largamente o volume das suas transações físicas em razão dos títulos que são exarados para representá-los no

1 Crise da Argentina (CRISE..., [2002?]).

mercado (venda de “papéis representativos), motivo pelo qual se dá o envolvimento dos bancos centrais das nações que participam da atual sociedade internacional na manipulação do preço do ouro que antes era bastante obscura, vem se tornando cada vez mais evidente, consoante preconiza Cagnin e Freitas (2015, p. 111).

Algumas nações desenvolvidas têm se demonstrado como uma das principais protagonistas nessa modalidade de ação (especulações do ouro) seja de maneira direta ou por interpostos bancos e/ou instituições internacionais exercendo influência decisiva. Tal política econômica internacional implica em sacrifícios para terceiros e, via de consequência, manifesta-se em um esforço financeiro expressivo. Todavia, na hipótese de um desastre financeiro, as receitas fabulosas resultantes das especulações financeiras exercidas em função do ouro, não deixarão de ser propriedade privada de alguns poucos.

Os ditos beneficiados (poucos) são aqueles que, discretamente, alimentam a fantasia de milhares de pequenos especuladores e de milhões de contribuintes impotentes no quadro político-institucional do “império do capitalismo financeiro” (AVELÃS NUNES, 2012, p. 27).

A abusiva identificação das finanças com a economia; assim como a real desmaterialização das finanças para assim simular a fictícia desmaterialização da economia, se consistem em elementos de subversão do quadro racional de interpretação da realidade, com os quais o poder do capital procura manter seu domínio sobre todo o mundo.

Por tudo isso, torna-se de grande importância uma intervenção estatal direta no domínio econômico, no que tange às atividades de mineração e comercialização do ouro, para que possam ser estabelecidas bases sólidas para o controle da economia da nação, bem como defender sua soberania de ataques especulativos.

3 AS RESERVAS DE OURO DAS NAÇÕES ENQUANTO GRANTIA DE SUAS DIVIDAS

A exata compreensão do conceito de soberania é necessária para o entendimento do fenômeno estatal, uma vez que não há Estado sem soberania e, portanto, podemos simplesmente definir o Estado como ente internacional.

A soberania não precisa ser mencionada, porque ela é o fundamento do próprio conceito de “Estado”. Constitui também princípio da ordem econômica (170, I). “soberania” significa poder político supremo e independente, como observa Marcello Caetano: supremo, porque “não está limitado por nenhum outro na ordem interna”; independente, porque, “na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos de outros povos.” O princípio da independência nacional é referido também como objetivo do Estado (art. 3, I) e base de suas relações internacionais (art. 4, I) (SILVA, 2009, p. 35).

Nessa esteira de entendimento, a soberania é una, integral e universal e, portanto, não poderá sofrer restrições de nenhuma natureza, inclusive econômica, a não ser aquelas decorrentes

dos imperativos de convivência pacífica das nações soberanas no plano do Direito Internacional após pactos entre as nações.

Não obstante, o conceito de soberania é amplo e, por isso, envolve o seu processo produtivo de natureza estratégica que, por seu turno, é vital para o próprio desenvolvimento econômico, social e político do Estado e em suas relações internacionais.

Nessa linha é que se revela a importância estratégica do ouro para o poder nacional; assim como reserva real de valor em épocas de crise ou não, bem como meio de pagamento.

Os Estados Unidos da América, por exemplo, em consonância com sua realidade econômica, manifestou sobre a possibilidade de serem utilizadas as reservas de ouro de alguns das nações européias mais endividadas, como uma forma de garantia parcial da dívida soberana daquelas, com o fito de baixar os juros pagos aos investidores. Todavia a referida estratégia faria pouca ou quase nenhuma diferença para nações como a França ou Alemanha, pois pagam juros baixos apesar da crise econômica no continente Europeu (HOLMES, 2018, p. 243).

Da mesma sorte, nos dizeres de Santayana (2012, p. 142), de nada serviria para as hipóteses de nações possuidoras de baixas reservas de ouro com relação às suas pesadas dívidas, como, por exemplo, os casos da Espanha e da Grécia. Lado outro, tal estratégia traria um grande alívio a Itália e Portugal, cujas reservas de ouro representam valor ponderável com relação ao valor das suas respectivas economias.

Ainda para Santayana (2012, p. 142), no caso da Itália, tem-se que suas reservas em ouro poderiam garantir 24% (vinte e quatro por cento) das suas necessidades de endividamento em face da atual crise do capitalismo financeiro. Já Portugal, por sua vez, conseguiria garantir aproximadamente 30% (trinta por cento) do que necessita para enfrentar toda a crise econômica; circunstância essa que ajudaria a ele a baixar os juros remuneratórios de seus bônus soberanos a patamares mais próximos das taxas anteriores à instauração da crise econômica recente.

Ainda de acordo com o mesmo autor, desde o início da crise econômica em 2008, enquanto os bancos centrais do mundo inteiro promoviam uma nova corrida do ouro, o México, por exemplo, passou de 07 (sete) toneladas de ouro para mais de 100 (cem) toneladas de reservas de ouro em poucos meses. Infelizmente, esse não foi o caso do Brasil.

Nas palavras de Carvalho (2015, p. 57), é bom lembrar que no Brasil colônia parte de nosso ouro era encontrando nas reservas de Portugal, assim como volume significativo ouro nacional foi parar na Inglaterra, pois foi usado como meio de pagamento pela nossa antiga metrópole, financiando assim a Revolução Industrial Inglesa e, via de consequência, alavancando a indústria norte-americana. Alias, foi o ouro de Minas Gerais que assegurou o poderio geopolítico anglo-saxão nos séculos XVIII e XIX e o seu desenvolvimento do século passado.

Aduz Santayana (2012, p. 153), que apesar de nossa história entrelaçada com o ouro, atualmente o Brasil não apenas deixou de aumentar significativamente suas reservas de ouro nos últimos 10 (dez) anos, de acordo com como continua ignorando o ouro como fator estratégico econômico nacional e internacional. Ademais, o ouro chegou a quintuplicar o seu valor nos últimos 15 (quinze) anos e, mesmo com o esgotamento das jazidas históricas de superfície, o Brasil ainda

figura entre os 10(dez) maiores produtores do mundo; e há muitas reservas, ainda não avaliadas, em veios mais profundos.

As reservas atuais de ouro do Brasil, em valor, representam menos do que 5% (cinco por cento) das reservas internacionais da nação, porque aquelas estão aplicadas principalmente em títulos do Tesouro dos Estados Unidos da América, sustenta ainda o autor em apreço.

Por outro lado, o ouro é tão significativo e importante do ponto de vista da soberania e do desenvolvimento econômico nacional, que a sua administração não pode exercida apenas pelo Banco Central do Brasil – BACEN e pela Agência Nacional de Mineração – ANM.

Temos que planejar e executar a exploração, estoque, utilização e venda do ouro em nossa nação, possuindo assim estratégias de curto, médio e longo prazo para o dito recurso natural de relevante interesse público, sobretudo em nossas normas planejadoras (planos plurianuais, por exemplo), a fim de o ouro ser utilizado em prol da nossa soberania e do desenvolvimento nacional, conforme impõe o nosso texto constitucional

Por fim, completa Santayana (2012, p. 159), que o Estado brasileiro vem executando a política econômica do ouro como se o mesmo fosse um mineral comum e qualquer, olvidando-se que cinco grandes multinacionais (oligopólios) controlam cerca de 90% (noventa por cento) de todo o ouro industrial produzido no Brasil

Por outro lado, a corrida (política econômica privada) do ouro por parte das empresas estrangeiras no Brasil está longe de terminar, outras empresas multinacionais ou transnacionais estão chegando a nossas terras, pois existe uma política econômica estatal favorável a exploração predatória e exportadora do recurso natural finito, desapegada dos comandos constitucionais.

Assim sendo, deve-se efetivar, planejadamente, uma participação efetiva do Estado-Empresário em setor estratégico e de relevante interesse coletivo, como é o caso das minerações de ouro, apesar das constantes objeções e pressões da “maquina triturado do neoliberalismo” (SANTOS, 2016, p. 179), seja de regulação, seja de austeridade, sempre vinculados aos lucros das empresas e aos juros dos banqueiros, mas desapegado aos ditames constitucionais. Ensina Bercovici (2015, p. 88), que:

Não existe, no sistema capitalista, nenhuma incompatibilidade entre a economia de mercado e atuação econômica estatal, pelo contrário. A iniciativa econômica pública não pode impedir a iniciativa privada, nem a iniciativa econômica privada pode bloquear a iniciativa econômica pública. Essa compatibilidade entre iniciativa econômica pública e iniciativa econômica privada também não significa equilíbrio. A Constituição legitima a atuação do Estado na economia, não existindo fronteiras espaciais ou temporais para esta atuação. O tamanho, abrangência e profundidade da atuação do Estado no domínio econômico é uma decisão política, que varia de acordo com o momento histórico.

CONCLUSÃO

O artigo tem por fito demonstrar, de maneira ilustrativa e exemplificativa a relevância da

intervenção estatal direta no domínio econômico, em se tratando de determinados segmentos da economia estratégica e de relevante interesse coletivo da nação.

As atividades de exploração e exploração do ouro, desde as etapas de pesquisa, extração, processamento, beneficiamento, industrialização e comercialização se constitui em uma atividade vital a soberania nacional, ao comércio internacional, bem como na capacidade de uma nação fazer pagamentos e suportar crises financeiras internacionais.

É cediço que uma vez que o próprio Estado, na qualidade de mero regulador das atividades econômicas, ao conceder ao particular um direito por meio de uma autorização, anuência ou permissão prévia, onde se poderá realizar um negócio jurídico para a consecução das atividades de pesquisas, extração, industrialização e comercialização do ouro existente em solo brasileiro, ficará adstrito às atividades regulatórias e ao recebimento de receitas provenientes apenas de tributos e *royalties*. Por outro lado, o Estado perde a capacidade executiva de agir e influenciar diretamente na referida atividade, enquanto empresário, além de constituir de forma independentemente meio de pagamento e reserva monetária.

Ademais, todas as receitas e lucros auferidos com ouro extraído do solo brasileiro serão expatriados e, por conseguinte, a atividade econômica estratégica e de relevância a nacional continuará eternamente dependente e nas mãos de oligopólios.

Assim sendo, é premente que se estabeleça a intervenção direta estatal no domínio econômico, por participação, na qualidade de Estado-Empresário, no intuito de se administrar diretamente suas riquezas mais estratégicas e fundamentais, como é o caso do ouro.

Especula-se que os Estados Unidos da América possuem, em suas “arcas”, ou seja, reservas, mais de 8.100 (oito mil e cem) toneladas de ouro (7). A Alemanha, por sua vez, mantém cerca de 3,400 (três mil e quatrocentas) toneladas de ouro. A Itália e a França possuem mais de 2.000 (duas mil) toneladas de ouro (RANKING..., 2016).

Por sua vez, a Rússia, China e Suíça superam mais de 1.000 (um mil) toneladas de ouro de reserva. Isso sem contar o Japão, a Holanda e a Índia que tem estocado mais de 500 (quinhentas) toneladas de ouro cada um das nações em suas reservas (RANKING..., 2016).

E o Brasil que, por seu turno, é a quinta maior nação em extensão territorial do mundo, com inúmeras potenciais jazidas de ouro não pesquisadas, ocupa a pífia posição de 42^a (quadragésima segunda) nação no *ranking* de países com reservas de ouro, com aproximadamente 67 (sessenta e sete) toneladas de ouro, ficando inclusive atrás da Venezuela que, por sua vez, possui aproximadamente 360 (trezentos e sessenta) toneladas de ouro de reserva (RANKING..., 2016).

Portanto, as nações possuidoras de destaque no mundo capitalista são também aqueles que possuem as maiores reservas de ouro em seus cofres. Em face disso, indagações nos remetem a proposta de novas pesquisas: será que as nações que controlam e acumulam ouro em suas reservas estratégicas estão equivocados? Ou será que somos negligentes em nossas estratégias nacionais e internacionais quanto à política econômica para o ouro? Ou não passamos de uma nação neocolonial exportadora de recursos naturais, no século XXI, descumpridora do texto constitucional?

REFERÊNCIAS

- AVELÃS NUNES, António José. **A crise atual do capitalismo**: capital financeiro, neoliberalismo, globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo: Quartier Latín, 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo. **Conjur**, [S. l.], 2015.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.
- CAGNIN, Rafael Fagundes; FREITAS, Maria Cristina Penido de. Tributação das transações financeiras: a experiência brasileira com o IOF e a CPMF. **Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 33, n. 63, p. 139-169, mar. 2015.
- CARVALHO, Marília de Fátima Dutra de Ávila. **Comarca do rio das mortes em Minas Gerais**: expansão urbana, nos séculos XVIII e XIX. 2015. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <https://docplayer.com.br/63946860-Comarca-do-rio-das-mortes-em-minas-gerais-expansao-urbana-nos-seculos-xviii-e-xix.html>. Acesso em: 28 jan. 2019.
- CHAGAS, Carolina F. Dolabela; DIAS, Maria Tereza Fonseca. O relevante interesse coletivo nas atividades econômicas das empresas estatais após o advento da lei nº 13.303/2016 (“estatuto jurídico das estatais”). **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 16-33, jan./jun. 2018.
- CLARK, Giovani. A ADI 1950: o Voto Aula em Direito Econômico. *In*: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen. **Direito**: teoria e experiência. São Paulo: Malheiros, 2013. Tomo I, p. 429-451.
- CLARK, Giovani. Política econômica e Estado. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, v. 22, n. 62, p. 207-217, 2008.
- CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. A constituição econômica entre a efetivação e os bloqueios institucionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 71, p. 677-700, jul./dez. 2017.
- CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. esp., p. 265-300, 2013.
- CRISE da Argentina. **10emTudo**, [S. l., 2002?]. Disponível em: <https://www.10emtudo.com.br/artigo/crise-da-argentina/>. Acesso em: 28.jan.2019

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HOLMES, Frank. 10 Países com as maiores reservas de ouro. **Forbes**, [S. l.], 12 jul. 2018. Disponível em: <https://forbes.uol.com.br/listas/2018/07/10-paises-com-as-maiores-reservas-de-ouro/>. Acesso em: 28 jan. 2019.

RANKING das reservas de ouro mundial. Disponível em: <http://top10maisorg>. Acesso em: 4 jan. 2016.

ROSA, Ruy Namorado. O ouro na economia e na finança. **Resistir.Info**, [S. l.], 2002. Disponível em: https://resistir.info/rui/ouro_petroleo.html. Acesso em: 28 jan. 2019.

SANTAYANA, Mauro. O Brasil e o ouro. **Lascotidianas de Enrique**, Buenos Aires, 26 dic. 2012. Disponível em: <https://lascotidianasdeenrique.wordpress.com/tag/o-brasil-e-o-ouro/>. Acesso em: 28 jan. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia: reinventar a esquerda**. São Paulo: Boitempo, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Comentários contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Washington P. Albino de. **Teoria da constituição econômica**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

Como citar: SOUZA, Cláudio Luiz Gonçalves; CLARK, Giovani. O Estado como empresário de ouro: Uma questão de soberania nacional e de relevante interesse coletivo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 127-141, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 127. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 16.07.2019.

Aprovado em: 07.02.2020.

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE NORMATIVO
NA DEFESA DO PACTO FEDERATIVO NA CONSTITUIÇÃO
BRASILEIRA DE 1988**

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND NORMATIVE CONTROL
IN DEFENSE OF THE FEDERATIVE PACT IN BRAZIL'S
CONSTITUTION OF 1988

Elísio Augusto Velloso Bastos*
Joseane do Socorro de Sousa Amador**

* Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Graduação e do Mestrado e Membro do Grupo Docente Estruturante do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Advogado. Procurador do Estado do Pará. E-mail: elisiobastos@oi.com.br

**Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). E-mail: joseane.amador@ig.com.br

Como citar: BASTOS, Elísio Augusto Velloso; AMADOR, Joseane do Socorro de Sousa. Jurisdição Constitucional e controle normativo na defesa do pacto federativo na Constituição Brasileira de 1988.

Revista do Direito Público, Londrina, v. 15, n. 3, p. 142-161, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 142. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O presente artigo trabalha o controle de constitucionalidade como instrumento de defesa do Pacto Federativo firmado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Justifica-se pela importância da existência de uma Jurisdição Constitucional competente para resguardar o funcionamento do Estado acordado na CRFB/1988, considerando os limites da Corte Constitucional como órgão responsável pela prestação da jurisdição, bem como as possibilidades restritas de intervenção da União na autonomia dos Estados e os limites da atividade Legislativa frente ao princípio da autonomia dos entes da Federação. A pesquisa é de abordagem qualitativa, tendo como procedimento o levantamento bibliográfico e documental. Conclui-se que, no Brasil, a forma mais eficaz de controle de constitucionalidade como instrumento de defesa do Pacto Federativo é o controle abstrato via Suprema Corte como o órgão competente e legítimo para dirimir conflitos constitucionais que possam ameaçar a autonomia dos Estados Federados.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Pacto federativo. Suprema corte.

Abstract: This paper examines constitutionality control as an instrument for defending the federative pact established by the Brazilian Constitution of 1988. This paper examines constitutional jurisdiction because it is important in safeguarding Brazil's state formation as agreed in the Constitution of 1988.

Moreover, this study explores the limits of the Constitutional Court as a body responsible for providing the jurisdiction and the restricted possibilities of intervention by the Union in issues of State autonomy. Moreover, it investigates the limits of Legislative activity vis-à-vis the autonomy principle of the entities of the Federation. This research is qualitative in nature and utilizes literature review and documentary analysis. This paper concludes that the most effective form of constitutional control, as a tool for upholding the federative pact, is abstract control with the Supreme Court as the competent and legitimate body for resolving constitutional conflicts that may threaten the autonomy of the Federated States.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Federal Pact. Supreme Court.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo discutir a importância da Jurisdição Constitucional no Brasil na defesa do Pacto Federativo, principalmente para preservar a autonomia dos Estados. Essa autonomia, que se torna ameaçada com a edição de leis federais violadoras de sua independência, obriga o ente Federado a promover determinada medida sob pena de sanção, quando claramente existe liberdade de escolha condicionada à oportunidade e à conveniência de cada ente.

A questão principal está no modo de organização do Estado Brasileiro, pois o Constituinte de 1987/88 optou pela forma de distribuição de competências e recursos entre os Estados da Federação para a promoção das finalidades estatais. No entanto, após mais de trinta anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), ainda se verificam algumas violações constitucionais a respeito do Pacto Federativo, seja por omissão das diretrizes Constitucionais, seja por medidas que desrespeitam esse pacto.

Nesse sentido, o presente estudo visa primeiramente destacar a necessidade e a importância da Jurisdição Constitucional no Brasil, os tipos de controle de constitucionalidade existentes, os conflitos existentes que violam o Pacto Federativo e a competência do STF para dirimir esses conflitos, como resultado do controle abstrato de normas.

Trata-se de uma pesquisa com método de abordagem qualitativo, tendo como método de procedimento o levantamento bibliográfico e documental, com consulta a estudos e pesquisas, bem como à jurisprudência acerca do controle abstrato das normas jurídicas e do funcionamento da Jurisdição Constitucional no Brasil.

Para tanto, o artigo, está dividido em cinco seções. Além da introdução (primeira seção) e da conclusão (quinta seção), a segunda seção versa sobre a importância da Jurisdição Constitucional e o caminho do controle de constitucionalidade até a CRFB de 1988. A terceira, cujo objetivo é analisar o controle de constitucionalidade e o Pacto Federativo. E a quarta seção discute os fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4276/MT proposta pelo Governador do Estado do Mato Grosso como caso emblemático para a demonstração das formas de observância ao Pacto Federativo.

1 A IMPORTÂNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CAMINHO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ATÉ A CRFB DE 1988

É possível afirmar que a maior e a pioneira contribuição para o controle abstrato das normas jurídicas foi introduzida por Hans Kelsen, que, a quando da elaboração da Constituição da Austria de 1920, defendeu a criação de uma Corte Constitucional encarregada da guarda e defesa da Constituição, o Poder “autônomo” para decidir os conflitos decorrentes da incompatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição.

A primeira premissa que se depreende do controle concentrado é a criação de um

ordenamento jurídico, vinculado a um poder centralizador de constitucionalidade, pois todas as normas produzidas pelo Parlamento estão sujeitas à revisão jurisdicional. Essa mudança inovadora precisou ser introduzida com cautela para não fragilizar a independência entre os demais Poderes do Estado: Legislativo e Executivo.

Em que pese o surgimento de uma certa predominância do Poder Judiciário, a Corte Constitucional Austríaca buscou ao longo da sua história um *status* de poder autônomo e independente da organização estatal. Na prática, esse distanciamento não é tão efetivo como deveria, pois a Corte Constitucional é sim um poder de Toga.

Para Kelsen (2003) a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais ordinários poderia gerar incerteza e insegurança jurídicas, de modo que a Jurisdição Constitucional serviria principalmente para a centralização dos conflitos entre normas infraconstitucionais e normas constitucionais, bem como para modificar a vinculação irrestrita ao Poder do Parlamento, sendo a Constituição uma forma de limitar o poder do Estado e atribuir força política ao povo.

O marco da Constituição de 1988 foi muito importante para sedimentar a estrutura organizacional da jurisdição constitucional do Brasil, porém antes de se adentrar no tema será necessário esclarecer em que consiste a chamada “Jurisdição Constitucional” e quais os limites de sua atuação.

Conforme Kelsen (2003, p. 124-125), a Jurisdição Constitucional “[...] é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos.” Neste sentido, podem ser atos de criação ou de execução de direito criado e as funções se distinguem em legislação e execução.

As conclusões do II Colóquio de Direito Constitucional inferem que a Jurisdição Constitucional é um suposto fundamental para a preservação dos Direitos Humanos, do Estado moderno, para servir de contrapeso efetivo entre o Poder Executivo, cada vez mais hegemônico, e o Poder Legislativo, cada dia mais ambíguo em sua estrutura e funcionamento. Trata-se de instrumento mais apto para a garantia e a proteção dos Direitos Humanos, ao mesmo tempo em que se constitui no melhor instrumento de controle e de tutela para o funcionamento democrático dos demais Poderes do Estado (BARACHO, 2007).

No entanto, para que ela possa cumprir com seus objetivos, torna-se necessária a existência prévia de condições políticas que assegurem sua independência, pressuposto essencial para que ela seja capaz de garantir os princípios fundamentais que inspiram os ordenamentos constitucionais democráticos. Assim, a criação de Cortes ou Tribunais Constitucionais específicos, cuja competência, devido à complexidade da vida política no Estado moderno, deverá ampliar-se a todos os aspectos que possam originar ofensas ou violação a ordem constitucional.

Além disso, a ampliação das competências da Justiça Constitucional não implica, necessariamente, no fenômeno denominado “politização da Justiça”, desde que o caráter político de um ato não exclui seu conhecimento jurídico, da mesma maneira que o resultado político deste

conhecimento não irá despojá-lo de seu caráter jurídico (BARACHO, 2007).

Desse modo, a Jurisdição Constitucional é importante para qualquer sociedade organizada democraticamente, considerando a Constituição como uma fonte normativa que estabelece limites ao poder do Estado, seja pela fundamentalização de direitos e garantias, seja pela sedimentação da forma de organização do Estado.

Consoante Elísio Bastos (2009, p. 33):

A função precípua da jurisdição constitucional consiste na garantia e defesa da Constituição e das metas e objetivos nela traçados, no controle de constitucionalidade, portanto. Esta competência nuclear da jurisdição constitucional e, no caso brasileiro, do Supremo Tribunal Federal, na qualidade de órgão máximo dessa jurisdição.

Veja que a criação da Jurisdição Constitucional é tão somente uma ferramenta de pesos e contrapesos para o equilíbrio dos Poderes do Estado e a preservação de suas respectivas competências, onde é ofertado ao Judiciário o poder-dever de afirmar ou infirmar, em última instância, a compatibilidade dos atos estatais com determinada interpretação da Constituição adotada pelos magistrados.

Sobre o tema, Klautau Filho (2003) destaca que o controle Controle Judicial da Constitucionalidade (*judicial review*) tem importância histórica ímpar, uma vez que o poder exercido por intermédio do *judicial review* não era uma ideia historicamente familiar. Isso porque se trata do judiciário exercendo o poder de afirmar que o Legislativo (o órgão democraticamente representativo da tradição Parlamentar Britânica e da concepção Madisoniana) desrespeitou a Constituição ao editar determinada lei, devendo, por tal razão, excluir-se do ordenamento jurídico o diploma legal sob exame, o que consiste no *undereview*.

Assim, a partir da segunda metade do século XIX, pode falar-se, mais propriamente, na implantação do *judicial review* como sistema, até então determinado de maneira exclusiva pelo problema central da União ocasionado não pela tensão entre federação e confederação, mas pela conflituosa expansão da democracia e pela definição que em seu bojo exerceria a União (o Estado central), sobretudo em face do desenvolvimento capitalista que desencadeou a unificação do mercado interno, a acumulação de riqueza e a guerra acerca da liberação da força de trabalho negra (SÁNCHEZ, 1998).

Schwartz (1966, p. 257-258) vai mais além, informando que durante a maior parte do primeiro século de vigência da Constituição estadunidense, “importantes questões do poder governamental nacional foram resolvidas no Gabinete e no plenário do Congresso”, pelo que o controle judicial de constitucionalidade apenas se tornou fator importante do Poder Legislativo nacional a partir de 1890, o que se deve, sobretudo, à aceitação, por parte da Suprema Corte, da teoria do *laissez-faire* da função governamental, fundada na doutrina econômica de proteção à propriedade que alicerçou as decisões da Corte até a terceira década do século XX.¹

1 No julgamento do Caso “Marbury contra Madison”, decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos,

Com relação à sedimentação desse modelo concentrado e à estruturação de uma Suprema Corte, constata-se que após a superação da resistência dos Estados do Sul, a Supremacia da Constituição teve o seu reconhecimento nos Estados Unidos. Nesse sentido, destaca-se José Acosta Sanchez (1998) ao considerar que a Constituição tinha como finalidade defender o novo Estado frente aos Estados preexistentes e em última instância a constituição nacional. Somente em uma segunda etapa, e também de maneira empírica, esse fim de capital leva à real supremacia da Constituição Federal, desde que o grande obstáculo foi liquidado, o sul que se opõe à União, a lei suprema, agora defendida judicialmente contra todas as leis, inclusive federais, por um órgão central já muito exercido e com poder real.

Portanto, nem a supremacia da Constituição foi anexada à Constituição que foi aprovada em 1789, nem quando essa supremacia realmente ocorreu foi um fim em si mesmo. O objetivo essencial foi outro: atender à consolidação conflitiva do federalismo, nova ordem nacional.

Com relação a essa última afirmação, tem-se como o ponto chave do presente trabalho, veja que o autor destaca a existência da Constituição e o surgimento do Poder de exercer o controle dessa Constitucionalidade como um mecanismo para atender à consolidação conflitiva do federalismo, considerada a nova ordem nacional nos Estados Unidos.

A Jurisdição Constitucional não vigorou no Brasil na época da Constituição do Império em 1824, justamente por ser uma colônia Imperial o poder mais forte estava nas mãos do Imperador e as “tendências jurídicas” obviamente, voltavam-se para validar a força do Parlamento, logo, os chamados homens públicos do império optaram por receber a influencia dos doutrinadores políticos da Inglaterra e da França e não ao Direito Constitucional dos Estados Unidos, “[...] Por isso, não obstante, de há muito, nesse país, o Judiciário exercesse o controle da constitucionalidade dos atos dos outros poderes, no Brasil ignorava-se essa prerrogativa, ou mesmo conhecendo-a os governantes, não se afeiçãoaram a ela.” (VELOSO, 2000, p. 29).

O controle de constitucionalidade era exercido pelo Parlamento, ou melhor, era sua atribuição proteger a Constituição, caso assim desejasse, teoricamente, fazê-lo. É certo que o poder de unificar a jurisprudência pátria foi expressa e formalmente delegada ao Poder Legislativo (art. 15, inciso VIII, da Constituição Brasileira de 1824), todavia, na prática, foi exercida pelo Imperador durante todo o período em que vingou o regime imperialista (NOGUEIRA, 2001).

Afinal, por força do art. 98 da Constituição de 1824, cabia ao Imperador, titular privativo do Poder Moderador, zelar pela manutenção da independência, do equilíbrio e da harmonia entre os Poderes Políticos, o que, no preciso dizer de Clève (2000, p. 81), também contribuiu para “inviabilizar o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário, na medida em que cumpria ao Imperador, e não ao Judiciário, resolver os conflitos envolvendo os Poderes.”

no qual um Juiz de Paz nomeado pelo então Presidente John Adams não teve seu termo de posse entregue após a sucessão Presidencial e requereu o reconhecimento da sua nomeação e a entrega do termo através de um *writ of mandamus* impetrado diretamente à Suprema Corte, sendo certo que após essa decisão, muito embora inicialmente com cautela, o controle de constitucionalidade foi definitivamente estruturado pela Suprema Corte dos Estados Unidos e modulado para outros países que pretenderam adotar esse sistema.

Diz-se “também contribuiu”, na medida em que se pode identificar, pelo menos três fatores que serviram para impedir, então, o surgimento de um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no Brasil, a saber, a soberania do Parlamento, a existência do Poder Moderador e a falta de garantias aos membros do Poder Judiciário para exercer o mister.

No entanto, após a proclamação da República em 1889, as influências doutrinárias começaram a mudar e a Constituição de 1891 adotou o controle de constitucionalidade difuso, cabendo a cada Juiz ou Tribunal zelar para observância da Constituição frente aos casos concretos, sendo certo que nos casos afetos à temática federal a competência era da Justiça Federal e nos casos afetos ao Poder Estadual a competência era da Justiça Estadual. O Constituinte de 1934 também optou pelo controle difuso, com uma curiosa inovação, qual seja, a possibilidade de intervenção da União, que em nome da Constituição e da defesa de seus princípios poderia intervir nos Estados Membros (VELOSO, 2000).

A Constituição de 1937 alterou a sistemática ao determinar que a declaração judicial de inconstitucionalidade pudesse ser anulada pelo Parlamento mediante a iniciativa do Presidente da República. Contudo, há se considerar as observações de Veloso (2000) de que a Constituição de 1937 não sofreu aplicação prática.

A Constituição de 1946 manteve o controle difuso de constitucionalidade das leis e finalmente aboliu a função intermediadora do Procurador Geral da República (PGR) de comunicar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) ao Senado Federal para que ele suspendesse o ato declarado inconstitucional, nos casos de controle difuso. Além disso, houve importante alteração na sistemática da denominada “representação inerventiva”, a qual, a partir da Constituição de 1946, passou a ter a competência para diretamente avaliar a constitucionalidade da medida, conferindo a compatibilidade da Lei Estadual aos chamados princípios sensíveis (PALU, 2001).

Nesse sentido, a intervenção deferal estava subordinada a apreciação do Poder Judiciário, que no caso era representado exclusivamente pelo STF, pois a lei que decretava a interveção somente seria aplicada após a validação (Declaração de constitucionalidade) aferida pelo STF. Assim, podemos dizer que a representação interventiva é o “berço” do controle abstrato das normas jurídicas e do reconhecimento do STF, como órgão jurisdicional competente para apreciar qualquer tipo de violação a Constituição Federal (MENDES, 2014, p. 64).

O controle de constitucionalidade via ação direta foi efetivamente introduzido no Brasil por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 26.11.1965, quando se atribuiu ao STF a competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo PGR (BONAVIDES, 2012).

Portanto, podemos afirmar que foi somente a partir de 1965 que foi instituída uma Jurisdição Constitucional no Brasil, com todos os seus elementos, haja vista que o controle de constitucionalidade por via de ação foi definitivamente sedimentado no ordenamento jurídico brasileiro, cuja competência para a interposição da ação era do PGR. Registra-se ainda, que “a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, mantiveram o controle de constitucionalidade por via de ação.” (BONAVIDES, 2012, p. 342).

Observa-se, assim, que o constitucionalismo moderno está baseado na organização do Estado por meio de um ordenamento jurídico, cujo poder é regido por uma norma hierarquicamente superior e as ações do Estado devem ser pautadas pelo princípio da primazia da lei, ou seja, todo poder político é legalmente limitado. Nesse sentido, como forma de garantir a limitação do poder do Estado e o cumprimento da norma suprema, então denominada de Constituição, nasce a necessidade de proteger os preceitos dessa norma jurídica, por meio de um órgão, autônomo e independente. A existência desse órgão é essencial para a realização da Jurisdição Constitucional, sem o qual não haveria outros meios de proteger a Constituição, se não por meio do direito abstrato de recorrer à força ou por uma revolução (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 256).

A CRFB/1988 trouxe algumas soluções práticas ao controle de constitucionalidade² e manteve um sistema misto de controle de constitucionalidade, por meio do controle difuso (exercido em qualquer juízo ou Tribunal) e o controle concentrado (via ação direta), bem como estabelece o controle de constitucionalidade preventivo (realizado durante o processo legislativo) e o repressivo, que é realizado após a entrada da Lei no ordenamento jurídico (BONAVIDES, 2012).

Ainda, a respeito das inovações introduzidas pela CRFB/1988, citamos outras espécies de ações que podem ser ajuizadas diretamente ao Supremo Tribunal Federal, vejamos: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI) ou (ADIn), Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADIn Interventiva), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIN por Omissão), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) ou (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Desse modo, a CRFB/88 manteve o STF como guardião³ da Constituição, ou seja, como o órgão, na estrutura dos demais Poderes da República, com o poder de ofertar a última palavra acerca da legalidade das normas jurídicas frente sua compatibilização com a Constituição da República.

Com base no exposto, é importante indagar: se essa é a defesa da CRFB/1988, o que essencialmente se defende? O texto da norma constitucional? Ou todo aparato de direitos e garantias por ela ofertados? Pois bem, acreditamos que a clara intenção da CRFB/88 é a defesa dos direitos e garantias por ela estabelecidos, pelo que fazer valer as suas diretrizes não significa apenas o exercício de um controle de constitucionalidade, mas, sobretudo, a manutenção das garantias e direitos ofertados pelo texto constitucional e também pela manutenção do Estado democrático, de modo a se perpetuar um sistema de legalidades.

2 Essas soluções advem da forma clara com que se coloca as competências do STF e resolvendo a questão da concentração da competência do ajuizamento da ação nas mãos do PGR, ampliando o leque de legitimados para interpor a ação direta de inconstitucionalidade, por meio do Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa das Assembleia Legislativa dos Estados, Governadores, O Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com representação no Congresso Nacional e confederação Nacional ou entidade de classe de âmbito nacional.

3 A expressão “guardião” foi cunhada por Carl Schmitt, em uma obra de 1931 intitulada “O Guardião da Constituição” (*Der Hüter der Verfassung*). No entanto, existia uma controvérsia ente Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição. Aquele autor criticava a tentativa de Schmitt de atribuir a guarda da Constituição à um Chefe de Estado, pois essa concepção transformaria o Presidente do *Reich* em senhor soberano Para Schmitt, a tese do poder neutral daria ao presidente do *Reich* poderes destinados à guarda da Constituição, om um poder mediador, regulador. No entanto, Kelsen entendia que o guardião da Constituição seria o Tribunal Constitucional (KELSEN, 2003).

Por essa razão, é comum associar o controle de constitucionalidade à defesa de direitos e garantias individuais e coletivas, mas não é só isso. A Constituição também reserva grande parte de seu conteúdo à organização do Estado Federativo, ou seja, ao funcionamento e à forma de organização do Estado. Assim, além de ser social e cidadã, a CRFB/1988 garante o Estado Democrático de Direito e sua forma federativa. E é exatamente nesse sentido que pretendemos trabalhar a necessidade da Jurisdição Constitucional, para garantir os valores constitucionais do Estado democrático e da forma Federativa de organização do país.

Portanto, parece-nos certo que, sem a manutenção do Estado democrático que garanta as liberdades individuais, longe estará a garantia dos direitos e das diretrizes sociais entabuladas pela CRFB/1988, bem como, a forma de organização definida deverá ser defendida e preservada, pois é por meio sua correta operacionalização que o status “social democrata” é viabilizado. Assim, passaremos adiante ao estudo do Pacto Federativo conforme descrito pelo texto constitucional, as suas fragilidades e a necessidade de sua preservação.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PACTO FEDERATIVO

No item anterior foi possível compreender a chamada Jurisdição Constitucional e a sua importância. Destacaremos agora os elementos que caracterizam o chamado Pacto Federativo, a sua previsão constitucional, os casos de exceção a autonomia dos entes federados, devidamente autorizados pela CRFB/88 e as formas de violação desse pacto. Além disso, trataremos da importância do controle de constitucionalidade para a defesa do texto constitucional e conseqüentemente para a defesa da organização federativa e a sua autonomia.

Hubert Pope (1913) elucidou que, o que explica o fato de que na Inglaterra e nos EUA, sob o mesmo sistema legal, tenham ocorrido resultados diferentes, é o fato do Parlamento inglês ter sido, ao mesmo tempo, corpo legislativo e tribunal supremo, não se podendo reconhecer nenhuma lei fundamental superior a suas decisões. O Parlamento, assim, era supremo não em face de sua soberania legislativa, mas em face de sua soberania judicial. Inexistia, pois, qualquer tribunal que pudesse interpretar uma norma fundamental de forma contrária à interpretação do Tribunal Supremo do Parlamento.

A diferença de resultado, portanto, não advém dos EUA terem alcançado, primeiro do que os ingleses, uma Constituição escrita, mas que nos EUA o corpo com competência para legislar não detinha o poder judicial último para interpretar a lei fundamental. Esta é a razão que leva Sánchez (1998, p. 41) a afirmar, acertadamente, que “a fonte da primeira lei suprema e da primeira Jurisdição Constitucional se encontram na separação real entre os poderes: o corpo que legisla não tem o poder último para interpretar a lei fundamental.” O Poder Judiciário nos EUA passou, pois, a servir de articulador dos interesses sociais contrapostos.

Foram os Estados Unidos da América o primeiro país a adotar os mecanismos para o controle do Poder Político, tanto vertical quanto horizontal. Lá, pois, mesclaram-se instrumentos

de controle horizontal, dando-se preponderância ao *judicial review*, e de controle vertical, o federalismo. Desse modo, o *judicial review* e federalismo nos EUA atuaram, nitidamente, com o objetivo de limitar o Poder Legislativo, inicialmente o dos estados membros (SANCHEZ, 1998) e, posteriormente, também o federal. A história do *judicial review* está, pois, desde suas origens, ligada à história do federalismo.

O Federalismo, portanto, é mais do que uma forma de organização do Estado, é uma concreta e organizada divisão do poder estatal. E segundo Bobbio, Matteuci e Pasquino (1998) é uma divisão vertical do poder, pois conforme a sua formação clássica não há hierarquia entre os membros de uma federação. Assim, o Constitucionalismo é a divisão de poder que impede o arbítrio; mas, se a aversão ao arbítrio constitui o fim último do Constitucionalismo, os modos de “divisão do poder” não são apenas historicamente diversos, como também seguem lógicas diversas: a divisão do poder horizontal, a famosa separação dos poderes, e a divisão vertical, o Federalismo (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 1998, p. 248).

Conforme o modelo estadunidense, o federalismo está dividido em duas esferas de poder: a União e os Estados Federados, também conhecido como federalismo de dois níveis. Nesse modelo, tem-se como elemento histórico uma formação centrípeta, originada efetivamente da união de blocos de poder descentralizados, que concordam voluntariamente em restringir o seu poder soberano, em nome de uma nova organização, pautada pela ficção jurídica denominada União (pessoa jurídica de direito público interno) e os Estados Federados, dentre os quais não há hierarquia (MAGALHÃES, 2000).

Destaca-se que o modelo de Federalismo adotado pelo Brasil, a partir da CRFB/1988, reconhece o Município como ente Federado e conseqüentemente como um terceiro nível de poder, podendo, inclusive, estabelecer a sua própria Constituição (lei orgânica). Apesar de inovador, o Federalismo Brasileiro foi copiado do modelo Norte Americano, mas “os precedentes históricos transformaram o modelo centrípeta em centrífugo, haja vista que o ponto de partida do federalismo Brasileiro foi um Governo Central e não a união de Estados independentes.” (MAGALHÃES, 2000, p. 16).

Nesse sentido, cumpre destacar trecho da obra de Coelho (1999, p. 177), vejamos:

O federalismo brasileiro é artificial e, portanto, lógico e estrutural, ao contrário do norte-americano que é empírico e histórico. Ao Norte, colônias que se tornaram Estados autônomos reuniram-se primeiramente numa Confederação frustrada e depois numa Federação, a princípio débil, com o Poder Central incorporando prerrogativas lentamente. Aqui, a Federação surgiu com a República já na Constituição de 1892, dos escombros do Império Unitário dos Orleans e Bragança, por considerações de ordem política, privilegiando a descentralização. Ao longo do devir histórico foi paulatinamente tomando as feições da nação Brasileira.

A partir dessa tendência centralizadora ou descentralizadora, também se pode dizer que existem dois tipos de formação do Federalismo, sendo um de agregação, quando os Estados se unem para a formação de um Poder Central, e outro de segregação, que ocorre quando o Poder Central se

desmembra para a divisão de responsabilidades e competências, sendo certo que o objetivo desses dois processos de formação é o mesmo, qual seja estabelecer uma estrutura descentralizada de Poder (FERREIRA FILHO, 1999).

Portanto, as atuações do Legislativo e do Executivo da União que forem contrárias à Constituição da República e que tendam a centralizar competências, centralizar recursos, centralizar poderes, uniformizar ou patronizar entendimentos direcionados aos Estados Membros e/ou municípios, revelar-se-á como conduta inconstitucional e deve ser combatida, inclusive por intermédio de ação por crime de responsabilidade.

Nesse aspecto, lembrem-se as lições de Hesse (1998, p. 57) ao eleger como um importante princípio da interpretação constitucional o critério da exatidão funcional, por intermédio do qual os órgãos estatais não podem alterar as competências atribuídas pela Constituição, pelo que a distribuição das funções fixadas pela norma constitucional não poderá ser alterada pela maneira ou pelo resultado de sua interpretação.

Conforme, ademais, preceitua Conti (2004) a grande questão que se coloca com relação ao modelo de Federalismo adotado pelo Brasil é a necessidade de compatibilizar os limitados recursos disponíveis com as múltiplas e diferenciadas necessidades regionais, ou seja, “[...] maximizar as potencialidades econômicas do país como um todo, sem tender para uma excessiva centralização e concentração de poderes.” Assim, o “federalismo será então mais eficaz à medida que melhor prover os recursos financeiros necessários para que todos os entes possam definir quais as suas prioridades dentro do orçamento que lhes foi destinado.” (CONTI, 2004, p. 11-12).

Desta feita, observamos que no Estado Federal as atribuições da União e as das unidades federadas são fixadas na Constituição da República, por meio de uma distribuição de competências e rendas, consoante estipulam os artigos 18 a 27 e 145 a 161, respectivamente. A cada esfera de competência atribui-se renda própria (artigos 153, 155 e 156), para que suas competências possam ser exercidas, de vez que conferir competência é o mesmo que imputar encargos.

Assim, dispõem Araújo e Nunes Júnior (2001) que a CRFB/1988 defere aos entes federados, tarefas consubstanciadas nas mais variadas competências. Os encargos que devem ficar sob a responsabilidade dos Estados-membros devem vir acompanhados de renda suficiente para que eles possam desempenhá-los. O mesmo ocorre com a União. Portanto, é necessário haver um equilíbrio entre tarefas e rendas, de forma que não basta uma repartição constitucional de competências (encargos) sem o devido acompanhamento do suporte financeiro (por via de arrecadação ou repasse de verbas) para a consecução dos objetivos fixados na CRFB/1988.

Desse modo, pode-se, por enquanto, afirmar que o Estado Federal tem autonomia que é revelada por meio de uma repartição constitucional de competências como forma de manter o equilíbrio e o Pacto Federativo e que o primeiro requisito de existência da Federação é a repartição constitucional de competências e rendas.

É indispensável, portanto, que se assegure a quem tem os encargos uma fonte de renda suficiente, pois, do contrário, a autonomia política torna-se apenas nominal, de vez que não

pode agir com independência quem não dispõe de recursos para prover as incumbências constitucionais recebidas.

Por fim, destaque-se que o poder político é compartilhado pela União e pelas demais Unidades Federadas com autonomia política, esta representada pela auto-organização e normatização, pelo autogoverno e pela autoadministração.

Como forma de assegurar a manutenção da autonomia dos entes federados, o Constituinte Originário petrificou a forma federativa de Estado Brasileiro, por meio do art. 60, § 4º da CRFB/1988, de tal sorte que é inconstitucional qualquer emenda tendente a abolir a forma federativa do Estado.

Posto isto, verifica-se que o Estado Federal tem como uma de suas principais características a divisão das receitas tributárias e dos ônus financeiros para atender às necessidades públicas, o que torna a discussão muito mais acirrada quando cotejada essa forma de Estado com a concepção de um Estado Social.

Vislumbra-se como uma das principais necessidades públicas da sociedade, a manutenção das atividades estatais e a obrigação de o Estado (sentido lato) prestar serviços sociais, tais como: saúde, educação, esporte, lazer, segurança, previdência social, assistência social entre outros, onde para fazer frente a essas demandas o Estado necessita de recursos, conforme determinado pela CRFB/1988.

Observa-se diante desse panorama, que por questão de uma experiência de Estado Unitário, o Brasil adota sistema de repartição de receita extremamente concentrador nas mãos da União⁴, ao contrário da distribuição das competências, onde a técnica utilizada é da descentralização política, consoante prescrevem os arts. 18 a 27 da CRFB/1988, momento em que se enumeram as competências da União e dos Municípios, reservando aos Estados-membros as demais atribuições não delimitadas no texto da CRFB/1988.

Essa forma desigual de repartição de rendas foi observada por Barroso (2002, p. 146-147) ao considerar que “as relações intergovernamentais, fundadas em repasses federais, comprometem a integridades do sistema federativo, por ficar a viabilidade das entidades dependentes de decisões políticas tomadas no âmbito de órgãos e entidades federais, muitas vezes condicionadas por circunstâncias partidárias e eleitorais.”

Esta realidade constitucional deixa os Estados-membros e os municípios em situação de eterna dependência econômica e financeira do ente central, o que foi mitigado pela CRFB/1988⁵, mas não o suficiente para resolver os problemas de independência do Pacto Federativo. Nesse sentido, 88% dos Municípios brasileiros dos que possuem menos de 50 mil habitantes, 80% desses dependem exclusivamente de transferências tributárias (ALMEIDA; ALMEIDA, 2013).

4 Para se ter uma ideia da concentração de recursos financeiros na União, a lei orçamentária anula (LOA) nº. 13.115, de 20 de abril 2015, da União, dispõe aproximadamente de 2 trilhões, novecentos e oitenta e dois bilhões, como receita para o ano de 2015. Ao passo que São Paulo tem um orçamento de duzentos e quatro bilhões de reais aproximadamente, de acordo com a Lei nº. 15.646/2014. O Estado do Pará, ente com maior PIB e população da região Norte, tem, por volta de, 20 bilhões e 800 milhões de orçamento para o ano de 2015, de acordo com a lei n. 8.095, de 30 de dezembro de 2014. Isso demonstra uma total concentração de recursos, em um único ente, e uma desigualdade profunda de recursos financeiros entre os entes.

5 Conforme previsto nos artigos 157 a 159 da CRFB (BRASIL, 1988).

Mesmo com essa garantia constitucional a União vem paulatinamente reduzindo as transferências financeiras decorrentes. Mas ainda há uma preponderância da individualidade de cada ente sobre o outro, não se cooperando entre si para alcançar os objetivos constitucionais (PRADO, 2013).

Tal situação pode ser observada na denominada “Guerra Fiscal”, na arrecadação exagerada de contribuições por parte da União prejudicando as transferências constitucionais (MENESCAL, 2010), na pouca ou inexistente relação intergovernamental cooperativa, ou de cooperação (ABRUCIO, 1996; PRADO, 2013), o que faz aumentar a importância de um efetivo exercício da Jurisdição Constitucional como um elemento de controle dos abusos, usos indevidos ou desrespeito às competências constitucionais.

Nesse sentido, o presente trabalho reafirma a existência de uma Justiça Constitucional competente e capaz de garantir o fiel cumprimento do Pacto Federativo, com poderes para declarar a inconstitucionalidade das leis e de atos que visem macular a autonomia dos Estados Federados, considerando que a lesão ao Pacto Federativo pode advir dos outros Estados.

A repartição horizontal de competências caracteriza-se pela distribuição privativa ou exclusiva de cada ente da federação, a exemplo das competências materiais da União definidas no art. 21 da CRFB/1988 e das competências legislativa definidas no art. 22 e assim sucessivamente aos Estados e Municípios, de tal sorte que os poderes que não são atribuídos à União e nem expressamente vedados a ela, serão da competência Estadual (BELERA, 2013). Esse modelo seria excelente se não fosse o crescente aumento de competências atribuídas à União, estabelecendo uma tendência cada vez mais centralizadora.

Com relação à repartição vertical de competências, esta ocorre mediante a distribuição de funções comuns para todos os entes federados, a exemplo do artigo 23 da CRFB/1988 que estabelece a possibilidade de criação de Lei Complementares para a cooperação entre os entes da Federação (BELERA, 2013). Nesse sentido, ressalte-se que:

[...] Os entes federativos não podem atuar isoladamente no exercício dessas competências, devendo existir colaboração entre eles para a execução das tarefas estipuladas pelo Constituinte no art. 23, sem que haja supremacia de nenhuma das esferas neste exercício, além disso, como as responsabilidades também são comuns, não pode nenhum dos entes federativos se eximir de atuar (BERCOVICI; SIQUEIRA NETO, 2008, p. 54-55).

Pois bem, é exatamente nesta seara que ocorrem os conflitos que demandam a intervenção do controle de constitucionalidade, seja pela omissão de quem detém a competência para legislar e não o faz, seja pela atuação legislativa da União que invade as competências dos Estados Federados, e tais reclamações só poderão ser dirimidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Bastos (2017, p. 343) reforça que este sistema federativo em que as entidades estatais não são auto-sustentáveis gerou um conjunto de distorções de natureza política e fiscal que comprometem drasticamente o seu funcionamento. Assim, “a União pôde beneficiar-se do próprio controle sobre

a política monetária, fiscal, e da dívida pública, além de utilizar-se da ampla massa de recursos resultantes de certas poupanças compulsórias”. No entanto, “os Municípios e, sobretudo, os Estados desenvolvem uma crônica dependência de recursos alternativos aos que lhes resultam da partilha constitucional de rendas”.

Com relação aos casos de omissão legislativa, Bastos (2017) conclui que há um comprometimento das receitas estaduais, com o desequilíbrio fiscal e o consequente impacto no cumprimento das obrigações dos entes federados⁶.

Ademais, ainda que em dezembro de 2003, a desoneração ampla das exportações e o sistema de compensação foram alçados a categoria de norma Constitucional, por meio da Emenda Constitucional n. 42/03, também denominada de reforma tributária. No entanto, a Lei Complementar que exigida no art. 91, caput da EC 42/03, que deveria implementar o sistema de compensação financeira em benefícios dos estados exportadores não foi editada até a data de conclusão deste trabalho (BASTOS, 2017, p. 335). Desse modo, a omissão legislativa igualmente, se constitui em ofensa ao Pacto Federativo, demandado a tão necessária Jurisdição Constitucional por meio da ADI-O n. 25/2013.

Porém, a guarda da Constituição não se limita aos casos de omissão, muito pelo contrário, ela se amplia no que se refere à edição normas federais que tendem, não a abolir o Pacto Federativo (haja vista o impedimento exarado por clausula pétrea, art. 60 da CRFB/1988), mas desqualificá-lo e até reduzi-lo de modo a torná-lo quase que inexequível.

Assim, alguns dos problemas enfrentados pelo excesso de competência e pela força centralizadora da União, especialmente no que concerne à distribuição de recursos os gastos efetuados podem ser vistos em Firjan (2017) ao afirmar que o problema das contas públicas estaduais não é explicado por elevados estoques de dívidas contraídas no passado.

O problema é estrutural e está relacionado ao elevado comprometimento dos orçamentos com gastos obrigatório, notadamente despesas de pessoal. Dessa forma, momentos de queda na receita se traduzem em elevados déficits, pois “[...] *há pouca margem de manobra para adequar as despesas à capacidade de arrecadação, deixando as contas públicas extremamente expostas à conjuntura econômica.*” (FIRJAN, 2017, p. 2).

E ainda, em pese toda a crise fiscal enfrentada pelos Estados, registra-se que o terceiro ente da Federação também se encontra em sérias dificuldades. Conforme Máximo (2017), um levantamento realizado pela FIRJAN verificou que 715 prefeituras, equivalente a 15,7% dos municípios analisados, encerraram 2016 sem caixa para cobrir as despesas do ano anterior, entre as quais duas capitais: Campo Grande e Goiânia. O rombo deixado para os novos gestores que assumiram este ano somou R\$ 6,3 bilhões. Além disso, o orçamento rígido e a arrecadação em queda têm sacrificado os investimentos municipais, que atingiram o menor nível desde 2006. No ano passado, 2.701 municípios (59,4% do total analisado) aplicaram menos de 8% da receita

6 O referido autor cita como exemplo a Lei Complementar n. 87/96, que em seu art. 3^a, inciso II, estabeleceu a desoneração do ICMS sobre as exportações de uma forma ampla – e não mais apenas sobre os produtos industrializados. Portanto, com o objetivo de se compensar as perdas decorrentes dos dispositivos acima citados, a própria Lei Complementar n° 87/96 criou, em seu art. 31, um sistema de entrega de recursos financeiros da União em benefício dos Estados e seus Municípios.

corrente líquida em obras e em compra de equipamentos para hospitais e escolas.

Assim, a par de todos os problemas enfrentados pelos Estados e Municípios, diante da concentração de competências e da omissão legislativa no que concerne a distribuição equilibrada de recursos, ainda existem sérios problemas com a edição de normas federais que ultrapassam os limites do Pacto Federativo. E como o Brasil adotou o controle abstrato de constitucionalidade, a quantidade de ações diretas a respeito do tema tem de fato sobrecarregado o STF, deixando muitos assuntos, a diluir por um longo período de tempo, não atingindo por vezes a prestação jurisdicional constitucional efetiva e tempestiva, pelo menos, no que diz respeito à proteção do Pacto Federativo.

Desse modo, vejamos o que expões o próprio STF a respeito do assunto:

Há 121 anos, no dia 15 de novembro de 1889, data da proclamação da República Federativa, o Brasil deu um grande passo para o início da consolidação do Estado Democrático de Direito, constituído pela união indissolúvel dos estados, municípios e do Distrito Federal, sendo todos eles autônomos. Dois anos após, a Constituição de 1891 descentralizou o Estado brasileiro unitário, promovendo uma repartição de competências entre as entidades autônomas dos Três Poderes da República, o chamado Pacto Federativo. No Supremo Tribunal Federal (STF), o assunto é tema de diversos processos e ações, que buscam assegurar a proteção ao Pacto, uma das cláusulas pétreas da Carta Magna brasileira (BRASIL, 2010).

Pelo exposto, o presente trabalho destaca que a defesa do Pacto Federativo precisa de maior atenção por parte dos Poderes que exercem o controle de constitucionalidade, nele, incluído, não somente o controle repressivo, mas igualmente o controle preventivo, pois ao fim e ao cabo da composição parlamentar no Congresso Nacional, estão os representantes dos Estados Federados, que deveriam ser os primeiros a buscar o cumprimento do Pacto Federativo e garantir o suprimento dos recursos necessários para a execução dos fins de cada Ente da federação.

Por fim, analisaremos um dos 4.450 casos do controle repressivo de constitucionalidade ajuizados perante o STF, a respeito de possíveis violações do Pacto Federativo.

3 ANÁLISE DE CASO: OS FUNDAMENTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4276 PROPOSTA PELO GOVERNADOR DO ESTADO DO MATO GROSSO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4276 foi ajuizada pelo Governador do Estado do Mato Grosso e julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) em 20/08/2014, tendo como relator o Ministro Luiz Fux. No caso em questão, o Estado do Mato Grosso ajuizou a ação com pedido de liminar, contra a Lei Complementar Estadual nº 358/09, que “dispõe sobre a isenção do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), na aquisição de automóveis para uso dos servidores que ocupam cargo de Oficial de Justiça e dá outras providências.”

Para o Estado, a lei complementar é inconstitucional ao prever isenção de ICMS nas aquisições de veículos novos por oficiais de justiça, tendo em vista o disposto no art. 155, § 2º, XII, ‘g’, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), que torna necessário o prévio convênio interestadual para a concessão de benefício fiscal a respeito do referido imposto estadual, de acordo com a Lei Complementar nº 24/75.

Além disso, sustenta que a lei padeceria de inconstitucionalidade material por violar o princípio constitucional da isonomia tributária (BRASIL, 1988, art. 150, II), na medida em que concedida a isenção a categoria de servidores públicos sem base razoável que a justificasse. Segundo a inicial, o argumento de que os oficiais de justiça utilizariam seus veículos particulares para o cumprimento de funções públicas, a rigor, se entenderia a diversas outras categorias de servidores.

Em seu voto, o ministro relator fundamentou que quem detém competência para legislar sobre direito tributário, concorrentemente, é a União, estabelecendo normas gerais -, os Estados membros e o Distrito Federal suplementando as lacunas da lei federal de normas gerais a fim de afeiçoá-la às particularidades locais e, inexistindo lei federal sobre normas gerais acerca das matérias enunciadas no citado artigo constitucional, os Estados exercerão a competência legislativa plena.

Assim, a competência tributária abrange a competência para instituir benefícios fiscais, de que são exemplos as isenções, a concessão de crédito presumido e a redução da base de cálculo do tributo, este aspecto envolto em controvérsia doutrinária. Logo, a edição de lei específica pelo ente tributante, nos termos do art. 150, § 6º, da CRFB/1988, seria suficiente. No entanto, isso não se aplica ao ICMS, pois a CRFB/1988 instituiu regime particular a respeito do modo como tais exonerações fiscais devem ser colocadas em prática no campo do ICMS, exigindo, para que isso ocorra, a existência de deliberação entre os Estados-membros, nos termos de disciplina por lei complementar, tal como proclamado pelo art. 155, § 2º, XII, ‘g’, da CRFB/1988.

Se cada ente federativo regional instituisse suas exonerações de forma independente, o resultado seria uma guerra fiscal, uma vez que a busca pela redução da carga tributária em cada Estado com o objetivo de atrair empreendimentos e capital, causaria um prejuízo para o próprio federalismo fiscal. Assim, o relator cita 12 precedentes do STF em que foi decidido a invalidade de leis estaduais ao conceder favores fiscais relativamente ao ICMS. Portanto, a ausência de convenio interestadual é suficiente para afastar a sua validade.

O Ministro Marco Aurélio divergiu do relator e julgou improcedente o pedido formulado na ADI, por entender que o tributo é da competência do próprio estado, logo, tem-se o Estado como único prejudicado. Além disso, entendeu que o Estado “observou a forma quanto à natureza da lei, que acabou por isentar os oficiais de justiça do ICMS, ou seja, a lei complementar.” (BRASIL, 2014, p. 19). Por fim, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, o STF julgou procedente a ação direta, sendo vencido o Ministro Marco Aurélio.

O caso citado é emblemático por entender que o Pacto Federativo reclama, para a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos Estados-membros

para a concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, na forma prevista no art. 155, § 2º, XII, 'g', o STF prestigia uma interpretação literal do texto escrito da CRFB/1988.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo foi demonstrar a importância da existência de uma Jurisdição Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, como um instrumento de defesa da CRFB/1988 e em especial do Pacto Federativo, quando houver ameaças por normas jurídicas inconstitucionais, ou mesmo, pela omissão de normas jurídicas que não foram criadas para garantir a autonomia financeira dos entes federados, conforme os preceitos emanados pelo Poder Constituinte de 1988, uma vez que tais lacunas e leis inconstitucionais geram insegurança jurídica e desigualdades entre os Estados da federação.

A existência de uma Corte Constitucional se apresenta como o poder legitimado para garantir a eficiência do princípio da independência e harmonia entre os poderes da República (executivo, legislativo e judiciário). Apesar de a Corte Constitucional ser um órgão do Poder Judiciário, reforça-se que a composição dos membros da Corte reflete uma conjugação de esforços para viabilizar a participação de todos os poderes, com a nomeação dos ministros envolvendo tanto o Executivo (indicando os nomes) como o próprio Legislativo (aprovando a indicação). Portanto, todo o processo de composição e renovação da Corte nos parece que cumpre os preceitos da CRFB/1988, visando garantir a total independência da Corte Constitucional nos seus pronunciamentos de defesa da Constituição.

Destacou-se também as contribuições de Kelsen para o poder constituinte Austriaco de 1920, cuja Lei Constitucional Federal foi redigida sob a sua influência, quando Kelsen firmou posição sobre a necessidade de existência de um Tribunal Constitucional, com a função de garantir e guardar a integridade da Constituição. Identificou-se que o sistema de controle constitucional preventivo ainda é muito incipiente no Brasil, pois a tendência do ordenamento jurídico brasileiro foi promover a concentração da defesa da constituição ao controle abstrato, mediante ações junto ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Desse modo, o artigo abordou a necessidade de salvaguardar o Pacto Federativo, diante das violações constitucionais praticadas contra a independência dos entes da federação, principalmente com relação à autonomia fiscal, que impede o cumprimento das obrigações estatais.

A análise da ADI 4276 apresenta com clareza a posição do STF sobre o Pacto Federativo, de modo a preservar o equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos Estados-membros para a concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, prestigiando uma interpretação literal do texto escrito da CRFB/1988. Portanto, a existência de uma corte constitucional independente pode garantir a defesa e a guarda da Constituição, em especial ao cumprimento da divisão de competências e recursos entre os entes da Federação.

Assim, em que pese a proteção do Pacto Federativo pelo controle concentrado de constitucionalidade, ainda existem graves problemas a serem enfrentados, os quais o Guardião

da Constituição não tem a força executória necessária para resolver. Tratam-se dos casos de inconstitucionalidade por omissão, nos quais o STF não possui poder interventor de criar normas jurídicas, nem o poder suficiente de intervir no parlamento, restado precária a tutela constitucional neste aspecto.

Acredita-se que a tutela jurisdicional da constituição compete a Corte Constitucional, porém a exemplo da proteção do Pacto Federativo é preciso que ocorra a inclusão de força executória nas decisões da Suprema Corte e que essa força tenha a grandeza suficiente para em nome da Constituição promover a intervenção no parlamento, ou seja, não apenas um poder reativo, mas sobretudo um poder proativo e eficaz.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; COUTO, Cláudio Gonçalves. **O impasse da federação brasileira: o cenário político-financeiro e as suas consequências para o processo de descentralização.** Cadernos Cedec – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea - nº. 5. São Paulo: Cedec, 1996.

ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira; ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira. O equilíbrio federativo como desafio ao novo formato de Fundo de Participação dos Estados (FPE). **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da justiça constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, n. 59, p. 176-212, abr./jun. 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de direito constitucional.** Rio de Janeiro Renovar, 2002.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A desoneração do ICMS sobre as exportações de que trata a lei complementar nº 87/96 e a emenda constitucional nº 42/03. O Estado do Pará. Os custos de tal desoneração. Reflexos na execução de políticas públicas. Um evidente caso de inconstitucionalidade por omissão. **Direitos Humanos na Amazônia**, Salvador, parte 2, p. 331-356, 2017.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A garantia jurisdicional da Constituição Brasileira: análise e propostas para o seu aprimoramento.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método. 2009.

BELERA, Felipe Penteadó. **Federalismo e as possíveis alterações no Território dos Estados Federados.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. O artigo 23 da Constituição da Constituição de 1988 e as competências comuns. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 54-55, 2008.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política.** Brasília: UnB, 1998.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da república Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 4.276 Mato Grosso**. Isenção Fiscal. ICMS. Requerente: Governador do Estado de Mato Grosso. Relator: Luiz Fux, 20 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6760771>. Acesso em: 15 jul. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pacto Federativo é pilar de atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165750>. Acesso em: 18 jan. 2019.
- CLÈVE, Clèmerson. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na constituição de 1988**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- CONTI, José Maurício. **Federalismo fiscal**. Barueri, SP: Manole, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIRJAN. **A situação fiscal dos Estados Brasileiros**. Rio de Janeiro: FINRJAN, 2017. Disponível em : <http://www.firjan.com.br/publicacoes/publicacoes-de-economia/default.htm>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 2, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/50/50>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Pacto federativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- MÁXIMO, Wellton. Quase 86% dos municípios estão em situação fiscal difícil ou crítica, diz estudo. **Agência Brasil**, Brasília, 10 ago. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/economia/noticia/2017-08/quase-86-dos-municipios-estao-em-situacao-fiscal-dificil-ou-critica-diz>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. O controle abstrato de normas no Brasil

e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENESCAL, Leonardo Alcantarino. Guerra fiscal, desigualdades regionais e federalismo fiscal no Brasil. *In*: CONTI, José Maurício Conti; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (coord.). **Federalismo fiscal**: questões contemporâneas. Florianópolis: Conceito Editorial-IBDF, 2010. p. 327-344.

NOGUEIRA, Octaviano. **Constituições brasileiras**: 1824. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

PALU, Osvaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: controle, sistemas e efeitos. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POPE, Hubert. The fundamental law and the power of the courts. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. XXVII, p. 45-67, 1913.

PRADO, Sergio. A “federação inconclusa”: o papel dos governos estaduais na federação brasileira. *In*: REZENDE, Fernando (org.). **O federalismo brasileiro em seu labirinto**: crise e necessidade de reformas. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabricio Augusto de. **Descentralização e Federalismo Fiscal no Brasil**: desafios da reforma tributária. Rio de Janeiro: Konrad Adanauer Stiftung, 2003.

SANCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional**: fundamentos de La democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Como citar: BASTOS, Elísio Augusto Velloso; AMADOR, Joseane do Socorro de Sousa. Jurisdição Constitucional e controle normativo na defesa do pacto federativo na Constituição Brasileira de 1988. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 142-161, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 142. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 31/07/2019.

Aprovado em: 14/10/2019.

**DIREITO À MORADIA E A LEI DE REGULARIZAÇÃO
FUNDIÁRIA (LEI N.º 13.465/2017): UM ESTUDO SOBRE O
INSTITUTO DE LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA**

RIGHT TO HOUSEHOLD AND THE URBAN LAND
REGULARIZATION LAW (LAW N.º 13.465/2017): A STUDY ON
THE INSTITUTE OF LAND LEGITIMATION

Gabriel Moraes Outeiro*
Daniella Maria dos Santos Dias**
Durbens Martins Nascimento***

* Doutor em Desenvolvimento Socioambiental (NAEA/UFPA). Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Dinâmicas Territoriais e Sociedade da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (Unifesspa), Diretor-Geral do Instituto de Ciências Sociais Aplicadas - ICSA/Unifesspa. Advogado E-mail: gmouteiro@gmail.com

**Doutora em Direito pela UFPE. Pesquisadora do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD/UFPA). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. E-mail: diasdaniella@gmail.com

***Doutor em Desenvolvimento Socioambiental (NAEA/UFPA). Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido (NAEA/UFPA). Cientista Político. E-mail: durbens.naea@gmail.com

Como citar: OUTEIRO, Gabriel Moraes; DIAS, Daniella Maria dos Santos; NASCIMENTO, Durbens Martins. Direito à moradia e a Lei da Regularização Fundiária (Lei n.º 13.465/2017): Um estudo sobre o instituto de legitimação fundiária. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 162-179, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 162. ISSN: 1980-511X.

Resumo: A Constituição Federal de 1988 assegura o direito social à moradia e dedica um capítulo à política urbana, com vistas à construção de espaços urbanos inclusivos. No entanto, em face do aumento de assentamentos informais, parte da população brasileira não consegue usufruir de seu direito à moradia digna, o que torna a política de regularização fundiária uma forma de combater este quadro. Com o advento de uma nova lei federal de regularização fundiária urbana, Lei n.º 13.465/2017, este artigo tem por objetivo analisar o instituto jurídico da legitimação fundiária, criado por esta lei. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa. Contatou-se que a Lei n.º 13.465/2017 trouxe avanços e retrocessos, tendo por fio condutor a proteção do direito à moradia, mas que é possível utilizar a legitimação fundiária sob a ótica da Carta de 88 e do Estatuto da Cidade, com a meta de construir espaços urbanos mais inclusivos e democratizar o acesso ao solo urbano.

Palavras-chave: Regularização fundiária urbana. Direito à moradia. Lei n.º 13.465/2017. Legitimação fundiária.

Abstract: The Federal Constitution of 1988 ensures the social right to housing and devotes a chapter to urban policy, to build inclusive urban spaces. However, due to the increase of informal settlements, part of the Brazilian population cannot enjoy their right to decent housing, which makes the policy of land regularization a

way to combat this situation. With the advent of a new federal urban land regularization law, Law n.º 13.465/2017, this article aims to analyze the legal institute of land legitimation created by this law. It is a bibliographic and documentary research, with a qualitative approach. It was noted that Law n.º 13.465/2017 brought advances and setbacks in order to protect the right to housing, but it is possible to use land legitimation from the perspective of the Charter of 88 and the City Statute, with the goal of building more inclusive urban spaces and democratizing access to urban land.

Keywords: Urban Land Regularization, Right to Housing, Law n.º 13.465/2017, Land Legitimation.

INTRODUÇÃO

A falta de planejamento tem levado à multiplicação de núcleos urbanos informais nos grandes centros urbanos ao longo das últimas décadas. Uma das consequências desse fenômeno é que muitas pessoas são desprovidas de condições dignas de vida, ao residir em imóveis sem segurança jurídica e infraestrutura adequada.

As ocupações inseridas em locais que não atendem às normas de ocupação e parcelamento do solo são consideradas irregulares, denominados de assentamentos informais (ROLNIK, 2006), dentre os quais estão os núcleos urbanos informais.

O Estado, reconhecendo este quadro, tem elaborado diversas leis ao longo dos anos com o escopo de garantir a segurança jurídica da posse, por meio de programas de regularização fundiária. Nesse contexto, foi instituída a Lei n.º 13.465/2017, que condensou em um único documento normativo a regularização fundiária urbana (Reurb), criou novos institutos jurídicos para alcançar esta finalidade e desburocratizou o seu processo.

Acontece que esta lei é objeto de controvérsias, tendo sido alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Ministério Público Federal (ADI n.º 5.771), com argumentos no sentido de que a lei trata de assuntos, como regularização fundiária, em descompasso com diversas outras diretrizes contidas na própria Constituição Federal (CF). De modo semelhante, o Partido dos Trabalhadores (PT) ajuizou a ADI n.º 5.787, alegando que o modelo de regulamentação proposto pela lei não traz mecanismos que contribuam para a efetivação de direitos para a população de baixa renda, ao facilitar a concentração fundiária. Por fim, o Instituto de Arquitetos do Brasil ajuizou no STF uma ADI (ADI n.º 5.883), com fundamento no fato de os dispositivos legais violem o modelo constitucional de política urbana, que atribui aos municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, inciso I, CF), sobre o ordenamento territorial (artigo 30, inciso VIII, CF), sobre planejamento urbano e instituir o plano diretor municipal (artigo 182, CF).

Na doutrina também há divergência, havendo trabalhos que apontam que a legislação facilita a grilagem de terras (SAUER; LEITE, 2017), que a nova lei privilegiou a Reurb no sentido da proteção da posse, deixando de lado outros aspectos da moradia digna, como a infraestrutura urbana, o que a torna mais adequada em casos em que a Reurb ocorre em áreas que não necessitam de obras (SANTIN; COMIRAN, 2018); que a atual perspectiva da Reurb está em descompasso com a função social da propriedade, prevista constitucionalmente (SOUZA, 2018); que foram criadas possibilidades de solução pacífica de conflitos fundiários com a regularização da posse, com efeitos positivos nos núcleos urbanos informais (AVANCI; MACHADO, 2018).

Em face da divergência na literatura e sendo uma legislação recente, é importante examinar seu teor à luz dos ditames constitucionais e das demais normas do sistema jurídico. Nesse sentido, este trabalho tem por objetivo analisar o instituto jurídico da legitimação fundiária, criado pela Lei n.º 13.465/2017.

Parte-se do pressuposto que a facilitação da regularização fundiária, sem estar

acompanhada de critérios sociais com a finalidade de democratizar o acesso ao solo, facilita a concentração fundiária e não promove a construção de espaços urbanos inclusivos. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa.

Ocorre que a análise da legislação urbanística deve ser precedida de um referencial teórico sobre o tema, para então discutir seus potenciais. Assim, o trabalho está estruturado em 3 seções. A primeira traz o referencial teórico acerca do planejamento urbano e garantia do direito à moradia. Em seguida, a legislação é analisada, com a apresentação do contorno geral da Reurb na Lei n.º 13.465/2017, detendo-se com mais detalhe na legitimação fundiária. A terceira parte discute formas de trabalhar a legitimação fundiária com as diretrizes constitucionais e com a finalidade de construir cidades mais justas e igualitárias. Ao final são tecidas as conclusões da pesquisa.

1 PLANEJAMENTO URBANO E QUALIDADE DE VIDA NOS CENTROS URBANOS

A alteração efetiva das relações entre a população rural e a população urbana, que é característica do processo de urbanização somente teve início nas décadas finais do século XIX, e principalmente a partir do começo do século XX, mas é após a segunda guerra mundial que este processo se acelera no país mesmo em regiões em que a industrialização não ocorreu de modo intenso, como no Nordeste brasileiro (UGEDA JÚNIOR, 2014).

Tentando compreender a urbanização e as transformações sociais que ocorriam em vários países do globo, Lefebvre (2000) argumenta que na passagem da era industrial para o período urbano, passou-se da produção no espaço, como um suporte físico onde ocorre o processo produtivo, para a produção do espaço, agora objeto do processo produtivo. A urbanização orientada exclusivamente pelo paradigma econômico cria situações problemáticas nas capitais brasileiras e em suas regiões metropolitanas, com aumento da pobreza e da violência (UGEDA JÚNIOR, 2014).

O crescimento metropolitano veio, portanto, acompanhado de problemas socioambientais, como falta de moradias e favelização, carência de infraestrutura urbana, poluição, redução/dificuldade na mobilidade urbana, ocupação de áreas de mananciais e/ou ambientalmente protegidas, dentre outros. Daí se depreende que a urbanização não é um fenômeno estático, no qual são acrescentadas novas camadas ao longo do tempo, tornando a compreensão deste processo cada vez mais complexa.

Nas cidades brasileiras é comum encontrar problemas relacionados à intensa urbanização iniciada em meados do século passado, adensamento populacional e falta de planejamento urbano que resultaram em problemas ambientais, desigualdades sociais, elevados índices de violência, ocupação irregular do solo e dificuldades na mobilidade urbana, dentre outras consequências negativas.

Em linhas gerais, o Poder Público tem tido dificuldade em lidar com os problemas decorrentes do crescimento desordenado das cidades brasileiras, quando não é a causa destes transtornos, por meio de planos que se revelam excludentes (SANTOS; MOTTA, 2001). Um planejamento urbano que gera exclusão social termina por acarretar maior segregação territorial.

A consolidação do conhecimento acerca das discussões sobre qualidade de vida em ambientes urbanos evidenciou que, em muitos casos, é mais fácil evitar os males gerados pela urbanização, por meio de planejamento, do que corrigi-los posteriormente. Com isso, entende-se a necessidade de conjugar diversas questões na tomada de decisões relativas ao planejamento urbano (UGEDA JÚNIOR, 2014).

Ocorre que estas decisões ocorrem dentro de um contexto em que as cidades passaram por mudanças econômicas e políticas que afetaram a capacidade de gestores urbanos de atuarem no espaço. Acontecimentos históricos contribuíram para modificações no modelo econômico, em especial a partir da década de 1970: o colapso do sistema de Bretton-Woods, a redução da taxa de crescimento de grande parte das economias do globo, crise do petróleo, dentre outros fatores, que trouxeram impactos econômicos que repercutiram na esfera política.

Por isso, neste período, políticas de ajuste estrutural foram sendo adotadas por diversos países, com a consequente redução de políticas sociais, em face dos custos que representavam, para reorganizar a economia ao redor do globo, o que acabou impactando a gestão urbana local. Como consequência, a ausência de políticas sociais reduz a capacidade estatal de promover a inclusão social.

Por outro lado, para orientar a ação estatal no espaço urbano é imprescindível recorrer ao planejamento, que envolve o esforço de imaginar o futuro para coordenar a ação coletiva (SOUZA, 2008). De modo geral, o planejamento urbano pode ser definido como um conjunto de métodos de atuação no ambiente urbano, para melhorar a qualidade de vida da população. Nesse passo, reconhecer a importância do planejamento urbano envolve examinar quais os objetivos e os instrumentos jurídicos existentes para que o Poder Público possa agir.

A Constituição de 88, influenciada por movimentos sociais urbanos que lutaram em favor da reforma urbana, assegura ao poder municipal a competência para definir o uso e a ocupação da terra urbana, possui um capítulo que trata de política urbana, em seus artigos 182 e 183, numa orientação descentralizadora de distribuição de competências entre os entes federados (MARICATO, 2010).

Assim, a Carta de 1988 define objetivos a serem perseguidos pelo Estado e possui, como uma de suas metas, a redução da desigualdade socioeconômica (art. 3º, CF), ao mesmo tempo em que prevê que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, CF), sendo que o Plano Diretor Municipal é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana e é quem estipula as orientações necessárias para o cumprimento da função social da propriedade (art. 182, §1º e §2º, CF).

Logo, considerando que a noção de desenvolvimento contemporânea envolve a melhoria da qualidade de vida da população (SACHS, 2002), uma política de planejamento urbano deve dialogar com as formas de realizar a inclusão social.

Ademais, a forma como o planejamento urbano foi executado nas últimas décadas levou à formação de cidades legais e cidades ilegais (FERNANDES, 2001), cujo divisor de águas não é

apenas a questão da legalidade, que estaria presente na cidade legal e ausente na ilegal, alcançando também a ilegalidade aceita passivamente pelas autoridades públicas nas cidades legais e reprimida nas ilegais. Para Santos (2007) o Estado protege direitos individuais, mas não realiza investimentos sociais de forma satisfatória, o que reduz a qualidade de vida das pessoas que mais precisam dele.

O aumento da população e a ampliação das cidades deveriam ser sempre acompanhados do crescimento de toda a infraestrutura urbana, de modo a proporcionar aos habitantes uma condição de vida digna. No entanto, usualmente, a realidade deste processo é distante do ideal, combinando planejamento inadequado, crescimento desordenado com a falta da infraestrutura, o que gera prejuízos ao ambiente natural e impactos na qualidade dos habitantes das cidades (UGEDA JÚNIOR, 2014).

Como consequência da falta de moradias e intensificação do processo de favelização, o direito à moradia de parte da população é violado. Com efeito, todo ser humano tem o direito a um local que ofereça condições mínimas para ser habitado, direito previsto em instrumentos internacionais e documentos normativos brasileiros.

Mas entre a previsão normativa e a eficácia social das normas há uma distância, que torna necessário compreender este direito dentro do sistema jurídico, para em seguida examinar a Lei n.º 13.465/2017.

2 O DIREITO À MORADIA

O direito à moradia é uma necessidade básica do ser humano, condição *sine qua non* para uma vida digna. Foi reconhecido internacionalmente Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. XXV, ao prever que toda pessoa tem direito a um nível de vida que lhe assegure o direito à habitação. Posteriormente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, reconhecendo a moradia como indispensável aos seres humanos, dispõe em seu art. 11 que os Estados devem tomar medidas para assegurar a efetividade deste direito.

O reconhecimento do direito à moradia no plano internacional é acompanhado da constatação de que as cidades ao redor do globo padecem de problemas estruturais e que os Estados devem agir para mudar este quadro. A situação ganhou tamanha proporção que em 1978 foi criado o Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (UN-HABITAT), agência especializada da Organização das Nações Unidas, com a finalidade de promover cidades mais sustentáveis e inclusivas.

Na II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat II) em Istambul, em 1996, foi instituída a Agenda Habitat, com dois objetivos principais: garantia de abrigo adequado para todos e o desenvolvimento de assentamentos humanos sustentáveis. No entanto, com a persistência de múltiplas formas de pobreza, da exclusão socioeconômica e da segregação espacial nas cidades, em 2016, em Quito, Equador, foi adotada a Nova Agenda Urbana, com ações fundamentais como a instituição de políticas urbanas que assegurem padrões mínimos de serviços urbanos básicos e o estabelecimento de sistemas de gestão de terras.

A despeito do esforço realizado nos organismos internacionais, ao se examinar a política habitacional nacional não é difícil entender a razão da persistência do problema em efetivar o direito à moradia. Para Jansen (2012), o direito de moradia consiste na posse exclusiva e com duração razoável de um espaço onde tenha proteção para si e para os seus.

Todavia, o conceito mais adequado de direito à moradia deve ser expandido para abranger outros aspectos que fogem ao direito de posse de um imóvel. Com fulcro no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 66, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, elaborou uma resolução denominada Comentário Geral n.º 4, de 1992, que trata dos componentes do direito à moradia e inclui: segurança jurídica da posse; disponibilidade de serviços, materiais, equipamentos e infraestrutura; acessibilidade econômica; habitabilidade; acessibilidade para grupos vulneráveis; localização; e adequação cultural.

De certo modo, isto também é espelhado na legislação interna quando a Lei Federal n.º 6.766/1979, denominada de Lei de Parcelamento do Solo, determinou, na definição de regras mínimas para o parcelamento e utilização do solo, a existência de equipamentos e serviços públicos (MUNIZ; SILVA, 2017).

Assim, o direito à moradia consiste na proteção jurídica da posse, conjugada com outros elementos de igual relevância, como a infraestrutura; a localização que permita aos seus moradores estabelecerem relações sociais, e o acesso a serviços públicos básicos, como de saúde e de educação (OUTEIRO; NASCIMENTO, 2016). O direito à moradia é um dos componentes centrais do direito à cidade, que emergiu em oposição a um modelo de urbanização excludente.

Ocorre que a política habitacional brasileira, ao longo da segunda metade do séc. XX, foi a de construção de moradias (SANTOS; MOTTA, 2001), sem englobar outros aspectos e, de certo modo, mais voltada para o aspecto econômico de incentivar a indústria de construção civil, do que o social de promover inclusão social.

Tratou-se de uma política habitacional estruturada em torno da mobilização de um fundo público, conhecido como FGTS, para financiar a construção de residências para algumas camadas da população que podiam arcar com os encargos econômicos e para a produção de conjuntos habitacionais públicos, cujos reflexos são sentidos até os dias atuais. Nesse contexto, foi criado o Sistema Financeiro de Habitação em 1964, com atuação do Banco Nacional de Habitação, confundindo política urbana com a habitacional até sua extinção em 1986, em que parte de suas atribuições foi transferida à Caixa Econômica Federal.

A ausência de uma política de planejamento urbano efetiva, com condições de interferir na gestão do solo deixou como legado a crescente exclusão socioespacial nas cidades brasileiras.

A população de baixa renda no Brasil é desprovida de uma política habitacional que garanta inclusão social, ocupando regiões desprovidas de infraestrutura e equipamentos públicos, o que piora o quadro de desigualdade social (MUNIZ; SILVA, 2017), pois não consegue ter acesso às modalidades de crédito oferecidas pelas instituições financeiras ou, quando conseguem, têm dificuldade em manter certos compromissos financeiros por décadas.

Apesar disso, a Lei Maior dotou o Estado de institutos jurídicos de conteúdo socioespacial,

como a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF), e lançou as bases para a elaboração de políticas urbanas com viés social (art. 182, CF), além de distribuir competências aos entes federados (art. 23, IX e art. 30, VIII, CF) e prever, em seu art. 6º, o direito social à moradia.

A estes dispositivos se somam outras leis, dentre as quais se destacam a Lei Federal de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n.º 6.766/1979) e o Estatuto da Cidade (Lei Federal n.º 10.257/2001), sendo que o tema central do Estatuto da Cidade é a função social da propriedade, para ordenar a cidade de modo que não inviabilize o exercício do direito à moradia para a população, ao mesmo tempo em que combate a segregação territorial (MARICATO, 2010).

Ao se verificar que parte da população já sofre os efeitos da segregação territorial, em alguns casos, a regularização fundiária na modalidade urbana (Reurb) pode se revelar uma alternativa para proteger o direito à moradia (MUNIZ; SILVA, 2017; OUTEIRO; NASCIMENTO, 2016).

Para Muniz e Silva (2017) a regularização fundiária consiste no processo pelo qual se adotam medidas sociais, urbanísticas e jurídicas para fazer com que as propriedades irregulares se tornem legais, obedecendo aos parâmetros da legislação brasileira. Para Fernandes (2006), a regularização fundiária é um processo multidimensional, que combina a regularização jurídica com a urbanística e com o fornecimento de infraestrutura básica. Em linhas gerais, como parte da população não consegue atender aos critérios legais, a Reurb é forma de salvaguardar o direito dos ocupantes de assentamentos irregulares de terem uma vida digna.

O Estatuto da Cidade dispõe, em seu art. 2º, *caput c/c* inciso XIV, que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, tendo como uma de suas diretrizes gerais a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Para Fernandes (2013), o Estatuto da Cidade constituiu um novo marco de governança da terra urbana no Brasil, ao dar suporte às políticas de inclusão socioespacial e às estratégias de democratização do acesso ao solo urbano e à moradia, conferindo maior densidade aos ditames da Carta de 88. Este Estatuto estabelece uma série de instrumentos a serem utilizados em processos de Reurb, como instituição de zonas especiais de interesse social e a demarcação urbanística.

Assim, compete aos municípios brasileiros a edição do Plano Diretor, principal instrumento de política urbana na organização do território das cidades (SANTIN; COMIRAN, 2018), em observância ao disposto na Constituição e no Estatuto da Cidade, buscar meios de garantir o direito à moradia.

Em síntese, estes são os alicerces sobre os quais estão previstos os dispositivos constitucionais e as demais normas, de que o Estado deve agir para promover inclusão social nos espaços urbanos, em consonância com os objetivos constitucionais previstos nos incisos do art. 3 da Carta Magna e o disposto nos artigos 182 e 183 da Constituição. Desta forma, toda norma infraconstitucional deve estar em consonância com esta principiologia constitucional a favor da

função social da cidade e da propriedade urbana em prol da construção de cidades mais inclusivas.

Com base nestas premissas é possível examinar a nova legislação de Reurb e, mais especificamente, o instituto da legitimação fundiária.

3 A LEI N.º 13.465/2017 E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA

Em 2009, por meio da Lei n.º 11.977/2009, em seu Capítulo III, foi criado o primeiro marco legislativo a sistematizar a Reurb no plano federal (BRASIL, 2009b). Ocorre em 2016 foi editada a Medida Provisória n.º 759/2016, posteriormente convertida na Lei n.º 13.465/2017, que revogou o Capítulo III daquela lei e trouxe uma série de inovações ao Direito pátrio.

Para Ferreira Filho (2018) a lei mudou a lógica na condução da política pública de Reurb e visou à desburocratização dos projetos de regularização fundiária, com enfoque na concessão de títulos de propriedade.

A lei de 2017 trouxe um novo conceito de informalidade, para fins de caracterização do objeto da Reurb; uma nova forma de aquisição do direito real de propriedade, que é a legitimação fundiária; a criação do direito real de laje; a criação de um procedimento menos burocratizado no âmbito cartorial da Reurb (FERREIRA FILHO, 2018); alterou os requisitos para usucapião urbana coletiva e introduziu novas modalidades de condomínio (TARTUCE, 2018). Mas a lei manteve a distinção entre a regularização de interesse social e de interesse específico, sendo a primeira aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda e a segunda para os demais casos (art. 13, incisos I e II, Lei n.º 13.465/2017).

Em face da quantidade de alterações e tendo em vista o espaço para este artigo, apenas algumas modificações serão abordadas, o que permite incursões mais profundas no objeto de análise, em detrimento de um tratamento geral, mas, conseqüentemente, superficial da legislação.

O conceito legal de Reurb está no art. 9º, da Lei n.º 13.465/2017, que abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

A Lei n.º 13.465/2017 instituiu mecanismos visando à Reurb, para uma melhor distribuição das propriedades nas cidades e incluiu ferramentas para a regularização fundiária rural (TARTUCE, 2018). Segundo o art. 9º, §1º, da Lei n.º 13.465/2017, os poderes públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação de maneira eficiente e funcional.

O art. 11 da Lei n.º 13.465/2017 estabelece os conceitos necessários para a execução das ações da Reurb, como núcleo urbano informal e a Certidão de Regularização Fundiária. O núcleo urbano informal é o clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização (art. 11, inciso II da Lei n.º 13.465/2017), que pode ser consolidado, tido como o de difícil reversão (art. 11, inciso III da Lei n.º 13.465/2017). Já a Certidão de Regularização

Fundiária é o documento expedido pelo Município ao final do procedimento da Reurb, constituído do projeto de regularização fundiária aprovado, do termo de compromisso relativo a sua execução e, no caso da legitimação fundiária e da legitimação de posse, da listagem dos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado, da devida qualificação destes e dos direitos reais que lhes foram conferidos (art. 11, inciso V da Lei n.º 13.465/2017). A atual estrutura legal permite a Reurb em áreas rurais que possuem núcleos informais com usos e características urbanas.

Os atores que podem requerer a Reurb estão elencados no art. 14, da Lei n.º 13.465/2017, e são todos os entes da federação, os beneficiários da Reurb, os proprietários, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

No art. 15 deste diploma legal estão os instrumentos jurídicos que podem ser empregados na Reurb, num rol exemplificativo, sem prejuízo de outros que se apresentem adequados, que são: a legitimação fundiária e a legitimação de posse; a usucapião; a desapropriação em favor dos possuidores; a arrecadação de bem vago; o consórcio imobiliário; a desapropriação por interesse social; o direito de preempção; a transferência do direito de construir; a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular; a alienação de imóvel pela administração pública diretamente para seu detentor; a concessão de uso especial para fins de moradia; a concessão de direito real de uso; e a doação, dentre outros.

Deste rol de instrumentos, a novidade fica por conta da legitimação fundiária e a arrecadação, pois os demais, ainda que alguns tenham sofrido alteração, já existiam no ordenamento jurídico.

A controvérsia acerca desta lei é que ela tratou de diversos temas, como Reurb e regularização fundiária rural, alterou ainda outras leis, como a Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015/73) e o Programa Terra Legal de Regularização Fundiária na Amazônia (Lei n.º 11.952/2009), sem atentar aos ditames constitucionais.

Para Correia (2017) as principais controvérsias envolvem o conceito de regularização fundiária que agora foca na parte dominial, sem a necessidade de realizar investimentos de infraestrutura urbana antes da Reurb; ênfase na eficiência na ocupação do solo, ignorando a principiologia própria ao Direito Urbanístico; o reforço à matriz dominial da regularização através da figura da legitimação fundiária; quanto ao procedimento a ideia desburocratizar a tramitação cartorária, por meio do ato único de registro, independentemente mesmo da documentação completa de seus beneficiários, dentre outros pontos.

A Lei 13.465/17 está *sub judice* perante o STF, por ter sido objeto de 3 ADIs. Além de haver questionamentos sobre o aspecto procedimental de edição da Medida Provisória que deu origem à lei, em que estariam ausentes os requisitos de urgência e relevância, o maior debate está no conteúdo da lei. O Ministério Público Federal aduz argumentos de que a lei está em descompasso com diversas outras diretrizes contidas na Constituição (ADI n.º 5.771). O PT afirma que o modelo de regulamentação proposto pela lei não traz mecanismo que contribua para a efetivação de direitos para a população de baixa renda (ADI n.º 5.787). E o Instituto de Arquitetos do Brasil argumenta que houve violação ao modelo constitucional de política urbana, que atribui competências aos municípios para disciplinarem o ordenamento do solo urbano (ADI n.º 5.883).

Para Sauer e Leite (2017) a Medida Provisória que foi convertida em lei poderia ser chamada de MP da grilagem, por não trazer critérios seguros de regularização fundiária, o que pode contribuir para a concentração fundiária.

Ademais, não se nega que a lei privilegiou a proteção da posse, mas isso a torna mais adequada em casos em que a Reurb ocorre em áreas que não necessitam de obras, pois assim os processos podem transcorrer com mais agilidade (SANTIN; COMIRAN, 2018). Ou ainda, é possível constatar novas possibilidades de solução de conflitos fundiários, ao submeter o procedimento da Reurb para o setor extrajudicial de composição de conflitos (AVANCI; MACHADO, 2018).

A nova lei está desconectada de outras questões, como a metropolitana e desconsidera a transversalidade das políticas públicas de uso e ocupação do solo, o que revela que a atual perspectiva da Reurb está em descompasso com a função social da propriedade, prevista constitucionalmente (SOUZA, 2018).

Considerando que parte dos instrumentos da Reurb já é conhecida, é importante se debruçar com mais cautela e detalhamento justamente no mais recente, a legitimação fundiária, em face de seus possíveis efeitos no planejamento urbano, na garantia do direito à moradia e na construção de cidades sustentáveis.

3.1 A legitimação fundiária

A legitimação fundiária é o mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb (art. 11, VII, Lei n.º 13.465/2017), somente podendo ser aplicada para os núcleos urbanos informais comprovadamente existentes até 22 de dezembro de 2016 (art. 9º, §2º, Lei n.º 13.465/2017).

O tratamento mais detalhado deste instituto está nos artigos 23 e 24 da Lei n.º 13.465/2017:

Art. 23. A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016.

§ 1º Apenas na Reurb-S, a legitimação fundiária será concedida ao beneficiário, desde que atendidas as seguintes condições:

I - o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural;

II - o beneficiário não tenha sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; e

III - em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, seja reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação.

§ 2º Por meio da legitimação fundiária, em qualquer das modalidades da Reurb, o ocupante adquire a unidade imobiliária com destinação urbana livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem

respeito ao próprio legitimado.

§ 3º Deverão ser transportadas as inscrições, as indisponibilidades ou os gravames existentes no registro da área maior originária para as matrículas das unidades imobiliárias que não houverem sido adquiridas por legitimação fundiária.

§ 4º Na Reurb-S de imóveis públicos, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e as suas entidades vinculadas, quando titulares do domínio, ficam autorizados a reconhecer o direito de propriedade aos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado por meio da legitimação fundiária.

§ 5º Nos casos previstos neste artigo, o poder público encaminhará a CRF para registro imediato da aquisição de propriedade, dispensados a apresentação de título individualizado e as cópias da documentação referente à qualificação do beneficiário, o projeto de regularização fundiária aprovado, a listagem dos ocupantes e sua devida qualificação e a identificação das áreas que ocupam.

§ 6º Poderá o poder público atribuir domínio adquirido por legitimação fundiária aos ocupantes que não tenham constado da listagem inicial, mediante cadastramento complementar, sem prejuízo dos direitos de quem haja constado na listagem inicial.

Art. 24. Nos casos de regularização fundiária urbana previstos na Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, os Municípios poderão utilizar a legitimação fundiária e demais instrumentos previstos nesta Lei para conferir propriedade aos ocupantes (BRASIL, 2017).

Trata-se de instrumento legal de Reurb que possui destaque na novel legislação (FERREIRA FILHO, 2018). O instituto confere a aquisição originária de direito real de propriedade, aplicável apenas no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado até 22 de dezembro de 2016, sem exigência de nenhum outro requisito.

Ou seja, não houve distinção entre área pública e privada para fins de utilização do instituto. Além disso, fica dispensada a apresentação de títulos individualizados, bastando que o Poder Público encaminhe para registro imediato da aquisição de propriedade a Certidão de Regularização Fundiária, sendo possível a complementação do cadastro para ocupantes que não tenham constado na listagem inicial, como dispõe o art. 23, §5º e §6º, Lei n.º 13.465/2017.

Para Tartuce (2018) a legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade, o que zera o domínio jurídico, fazendo desaparecer tudo o que nele incide, como é o caso das garantias reais e dos tributos que recaiam sobre o imóvel, sem que exista a necessidade de pagamento de impostos, por exemplo, pela transferência de domínio de um imóvel privado de terceiro que passe a integrar patrimônio privado de um beneficiário da Reurb.

Há uma preferência pela Reurb que termine na concessão de títulos de propriedade quando a Lei n.º 13.465/2017 permite a legitimação fundiária em terras públicas, mas nega o direito à legitimação de posse em terras públicas, ainda que se tratem de ocupações consolidadas até 22 de dezembro de 2016, conforme se extrai de seu art. 25, §2º daquela lei (FERREIRA FILHO, 2018).

A ênfase na titulação se torna evidente quando o projeto de regularização fundiária não é vinculado necessariamente à implementação de infraestrutura urbana essencial, bastando um cronograma de execução, possibilitando que este seja executado após o término da Reurb, nos

termos do art. 36, §3º, da Lei n.º 13.465/2017 (FERREIRA FILHO, 2018).

A Reurb de assentamentos informais é mais do que titulação de domínio, pois envolve a integração da moradia à cidade. Houve uma opção em garantir o direito à propriedade, com prejuízo do direito social à moradia, que é mais amplo.

Para Santin e Comiran (2018), o direito à moradia exige investimentos por parte do Poder Público, como saneamento básico, acesso à saúde, ao trabalho, ao lazer, à educação, dentre outros aspectos que garantem um mínimo de vida digna ao ser humano.

Deste modo, a Lei n.º 13.465/2017 agiliza o procedimento de formalização das propriedades irregulares, entretanto, sem priorizar os demais investimentos em serviços públicos capazes de garantir uma moradia digna (SANTIN; COMIRAN, 2018).

O pressuposto inicial da pesquisa, de que a facilitação da regularização fundiária sem critérios sociais facilita a concentração fundiária e não promove a construção de espaços urbanos inclusivos, é confirmado ao se considerar apenas o texto da lei. A partir do referencial teórico apresentado e da problemática existente na atual legislação, existem formas de se adequar sua utilização para os ditames constitucionais e com vistas à democratização de acesso ao uso do solo.

4 A LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO DIREITO À MORADIA

A doutrina especializada considera a legitimação fundiária controversa em razão de sua aparente inconstitucionalidade, mas é possível examiná-lo o interpretando conforme a Constituição Federal (VELOSO, 2018).

Primeiramente, a legitimação fundiária somente pode ser utilizada em núcleos urbanos informais, o que permite concluir que sejam áreas públicas ou privadas, sua adoção se dá em benefícios de pessoas que dão função social à propriedade, em detrimento dos antigos titulares que não atenderam à função social da propriedade. Caso contrário, seria abuso de direito, o que não é permitido pelo ordenamento jurídico.

Nesse passo, o artigo 23 da Lei n.º 13.465/2017 dispõe que a legitimação fundiária será conferida por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, o que leva ao raciocínio de que o instituto não será conferido individualmente (VELOSO, 2018). Logo, compete ao município exercer seu dever de ordenar o território, como dispõe o art. 30, VIII, da Lei Maior, e identificar os núcleos urbanos informais de difícil reversão.

O § 1º do art. 23 da Lei n.º 13.465/2017 traz requisitos para implementar a legitimação fundiária apenas para a Reurb de interesse social, que é aquele em que a maior parte dos beneficiários é considerada de baixa renda, sendo as condições: que o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural; que o beneficiário não tenha sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; e que em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, seja reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação.

Sob pena de afronta ao princípio constitucional da isonomia, Veloso (2018) entende que a despeito de não haver requisitos semelhantes para a Reurb de interesse específico, as condições devem ser exigidas para ambas as modalidades.

O argumento faz sentido: se na Reurb de interesse específico a predominância da população não é de baixa renda, significa que não são pessoas com mesmo nível de vulnerabilidade como as que participam da Reurb de interesse social. Logo, se não houver nenhum requisito para aquelas, as pessoas de baixa renda somente poderão ser contempladas uma vez com o instituto, mas pessoas com maior renda poderão ser beneficiadas diversas vezes ou possuir diversos imóveis.

Para Veloso (2018) a legitimação fundiária também deve ser aplicada às ocupações posteriores a dezembro de 2016, por força do princípio da isonomia. Este não parece ser o melhor argumento, pois por se tratar de forma originária de aquisição de propriedade, com diversas vantagens, determinar um limite temporal é prudente para evitar novas ocupações irregulares, como era feito, por exemplo, pela Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (CUEM), que também traz limites quanto ao tamanho dos imóveis e tempo de ocupação.

Como a lei não exige contagem de tempo da posse anterior a dezembro de 2016, quem estiver possuindo o imóvel na data do marco temporal poderá adquirir a propriedade (SANTIN; COMIRAN, 2018). Mas o ente ou órgão que for proceder à Reurb pode associar a exigência de tempo mínimo de ocupação da área para escolher qual o instrumento será utilizado.

Se for o caso de um município que irá efetuar a Reurb, ele terá um leque de instrumentos disponíveis na Lei n.º 13.465/2017. Caso seja um assentamento informal consolidado há pouco tempo, por exemplo, com menos de 5 anos de existência até dezembro de 2016, outros instrumentos de Reurb podem ser mais adequados do que a legitimação fundiária.

Outra forma de conceber limites é analisar o tamanho médio de lotes, para evitar utilizar o instrumento e acabar por legitimar ação de grileiros ou a concentração fundiária nas mãos de poucos, em detrimento da maioria da população de baixa renda.

Isto traz coerência para a utilização do instituto e permite realizar um planejamento urbano, antevendo as consequências de sua aplicação, para que ao final a Carta de 88 seja respeitada e os princípios do Estatuto da Cidade, de democratizar o acesso ao solo, sejam observados. Ou seja, é uma forma, ainda que incipiente de conectar as ações da Reurb, que visam garantir o direito à moradia, com um planejamento urbano inclusivo.

Por fim, a abordagem plena da regularização fundiária considera a necessidade da regularidade domínial e da regularidade urbanística e ambiental dos assentamentos de baixa renda com a execução de obras de urbanização e implantação de serviços públicos indissociável do processo de regularização (ZAMONER, 2018).

Assim, em casos em que falte infraestrutura urbana adequada, ao invés de adotar um procedimento de Reurb que se concentre apenas na titulação, é mais interessante utilizar outros instrumentos como a demarcação urbanística e a legitimação de posse, que darão maior tempo para a execução das obras necessárias. Tratando-se de assentamento dotado de infraestrutura básica, a legitimação fundiária pode ser mais adequada para a garantia do direito à moradia, assegurando

a segurança jurídica da posse dos ocupantes, pois outras dimensões da moradia digna já foram atendidas.

As ações de Reurb devem estar ligadas ao planejamento urbano, sob pena de terem efeito limitado e sem condições de alterar a realidade segregadora das cidades brasileiras. Ao final não há como escapar, a proteção do direito à moradia e a implantação de um planejamento urbano não dependem apenas da existência de leis adequadas – é verdade que sem leis adequadas a situação fica mais difícil (FERNANDES, 2013). É necessário que a população seja ativa e provoque a atuação do Poder Público em prol do desenvolvimento urbano e de cidades mais justas.

CONCLUSÃO

O artigo analisou o contexto da realidade do planejamento urbano brasileiro, em que há um arcabouço normativo que garante o direito à moradia, acompanhado da persistência de formas de exclusão social.

A Carta de 88 e o Estatuto da Cidade configuram marcos de uma nova governança urbana que precisa ser apropriada pelos gestores urbanos. Nesta situação, a Reurb pode ser uma alternativa para a proteção do direito à moradia, desde que utilizada adequadamente.

Diante destes fatos, a Lei n.º 13.465/2017 apresentou avanços e retrocessos que podem piorar o quadro vivenciado nas cidades brasileiras. A partir dessa ideia, a pesquisa examinou a nova lei e se debruçou com mais atenção na legitimação fundiária.

Assim, demonstrou que é possível utilizar a legitimação fundiária para regularizar os imóveis ocupados por população de baixa renda, desde que à luz da Constituição Federal, do Estatuto da Cidade e das leis específicas, com o escopo de reduzir as desigualdades sociais, desde que os requisitos de sua aplicação na Reurb de interesse social sejam estendidos para a Reurb de interesse específico e alguns critérios sociais sejam pensados antes do ente público determinar qual o instrumento mais adequado para promover a Reurb, como tempo de ocupação, tamanho médio dos lotes e nível de infraestrutura urbana existente.

Este instrumento deve ser usado em conjunto com o intuito de garantir cidades mais justas e sustentáveis, que permitam a todo indivíduo exercer seu direito constitucional à moradia. Mas isto somente será alcançado com a colaboração ativa da sociedade e com a atuação firme do Poder Público para que as cidades sejam planejadas de modo inclusivo.

REFERÊNCIAS

AVANCI, Juliana Lemes; MACHADO, Maria Fernanda penha. Defesa do direito à moradia e permanência – análise da lei 13.465/17 sob a ótica do possuidor em núcleo informal na cidade de São Paulo. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 3, n. 17, p. 62-72, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 03 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 11.952, de 25 de junho de 2009**. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm. Acesso em: 03 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 11.977, de 07 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm. Acesso em: 03 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 03 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm. Acesso em: 03 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e%20sobre,da%20Uni%C3%A3o%3B%20e%20d%C3%A1%20outras. Acesso em: 03 ago. 2019.

CORREIA, Arícia Fernandes. Direito da regularização fundiária urbana e autonomia municipal: a conversão da medida provisória n. 759/2016 na lei federal n. 13.465/2017 e as titulações da prefeitura da cidade do Rio de Janeiro no primeiro quadrimestre de 2017. **Geo UERJ**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 177-218, 2017.

FERNANDES, Edésio. Estatuto da cidade, mais de 10 anos depois: razão de descrença, ou razão de otimismo? **Revista UFMG**, Belo Horizonte, v. 20, n. 1, p. 212-233, jan./jun. 2013.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. *In*: ALFONSIN, B. M.; FERNANDES, Edésio (org.). **Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3-23.

FERNANDES, Edésio. Direito Urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução. *In*: FERNANDES, Edésio (org.). **Direito Urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte:

Del Rey, 2001. p. 11- 51.

FERREIRA FILHO, Paulo Sergio. As lógicas por trás das políticas de regularização fundiária: a alteração de paradigma pela lei 13.465/2017. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1449-1482, 2018.

JANSEN, Rodrigo Diego. Política urbana e o direito fundamental à moradia. **Revista da Faculdade de Direito UFG**, Goiânia, v. 36, n. 01, p. 161-178, jan./jun. 2012.

LEFEBVRE, Henri. **A produção do espaço**. Tradução de Doralice Barros Pereira e Sérgio Martins. 4. ed. Paris: Éditions Anthropos, 2000. Título original: La production de l'espace Disponível em: http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/02_arq_interface/1a_aula/A_producao_do_espaco.pdf. Acesso em: 12 fev. 2019.

MARICATO, Ermínia. O estatuto da cidade periférica. In: CARVALHO, Celso Santos; ROSSBACH, Anaclaudia (org.). **O estatuto da cidade**: comentado. São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010. p. 5-22.

MUNIZ, Maria Águeda Pontes Caminha; SILVA, Márcia Maria Pinheiro da. Regularização Fundiária e Direito à Moradia. **Revista PGM**, Fortaleza, v. 25, n. 1, jun. 2017.

OUTEIRO, Gabriel Moraes; NASCIMENTO, Durbens Martins. Direito humano à moradia e a regularização fundiária na Amazônia: limites e possibilidades. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 507-533, maio./ago. 2016.

ROLNIK, Raquel. **A construção de uma política fundiária e de planejamento urbano para o país**: avanços e desafios. Políticas Sociais - Acompanhamento e Análise, Brasília, n. 12, fev. 2006. Disponível em: http://www.redbcm.com.br/arquivos/bibliografia/ensaio1_raquel%20politica%20fundia%C3%A1ria.pdf. Acesso em: 3 ago. 2019.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SANTIN, Janaína Rigo; COMIRAN, Rafaela. Direito urbanístico e regularização fundiária. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1595-1621, 2018.

SANTOS, Alexandre Mello; MOTTA, Athayde. Desafios para a sustentabilidade no espaço urbano Brasileiro. In: GRAZIA, G. *et al.* **Brasil Sustentável e Democrático**: O desafio da sustentabilidade urbana. Rio de Janeiro: FASE/IBASE, 2001. p. 83-111.

SANTOS, Milton. **Economia espacial**: críticas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2007.

SAUER, Sergio; LEITE, Acácio Zuniga. Medida provisória 759: descaminhos da reforma agrária e legalização da grilagem de terras no Brasil. **Retratos de Assentamentos**, Araraquara, v. 20, n. 1, p. 14-40, 2017.

SOUZA, Jairo Salvador de. A regularização fundiária na pauta metropolitana: apontamentos sobre o novo marco jurídico da regularização fundiária de interesse social no Brasil. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 3, n. 17, p. 33-43, 2018.

SOUZA, Marcelo Lopes. **Fobópole**: o medo generalizado e a militarização da questão urbana.

Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

TARTUCE, Flavio. A Lei da Regularização Fundiária (Lei 13.465/2017): análise inicial de suas principais repercussões para o direito de propriedade. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 3, 2018.

UGEDA JÚNIOR, Jose Carlos. Planejamento da paisagem e planejamento urbano: reflexões sobre a urbanização brasileira. **Revista Mato-Grossense de Geografia**, Cuiabá, v. 17, n. 1, p. 101-116, jan./jun. 2014.

VELOSO, Luiza Lins. Legitimação fundiária: uma visão constitucional no contexto da segregação socioespacial das cidades brasileiras. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, v.3, n. 17, p. 107-117, 2018.

ZAMONER, Tatiana. A nova lei e os velhos desafios no contexto de atuação da Defensoria Pública em processos de regularização fundiária de interesse social. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 3, n. 17, p. 21-32, 2018.

Como citar: OUTEIRO, Gabriel Moraes; DIAS, Daniella Maria dos Santos; NASCIMENTO, Durbens Martins. Direito à moradia e a Lei da Regularização Fundiária (Lei n.º 13.465/2017): Um estudo sobre o instituto de legitimação fundiária. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 162-179, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 162. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 04/08/2019.

Aprovado em: 14/10/2019.

*Pós-Doutora em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ/Brasília/DF. Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Professora e Vice-Coordenadora do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário (NEDISA/UFMA). Professora e Pesquisadora da Universidade Ceuma. Professora do IMEC. E-mail: edithramosadv@yahoo.com.br

**Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (1992), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1997), Doutorado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Granada - Espanha (2010/2011). É Professor Titular do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão, Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional dessa mesma instituição, Professor Pesquisador do Centro Universitário do Maranhão e Promotor de Justiça de Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público do Estado do Maranhão. E-mail: paulo.rbr@ufma.br

***Mestra em Direito da UFMA. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá/CERS. Professora da Universidade Dom Bosco - UNDB. Advogada inscrita nos quadros da OAB/MA. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA - 2015). E-mail: fernandadayane.queiroz@gmail.com

O FEDERALISMO SANITÁRIO BRASILEIRO: ANÁLISE DA AUTONOMIA DO ENTE MUNICIPAL E A REPERCUSSÃO PARA O DIREITO SANITÁRIO

BRAZILIAN SANITARY FEDERALISM: ANALYSIS OF THE MUNICIPAL ENTITY AND THE IMPACT ON HEALTH LAW

Edith Maria Barbosa Ramos*
Paulo Roberto Barbosa Ramos**
Fernanda Dayane dos Santos Queiroz***

Como citar: RAMOS, Edith Maria Barbosa; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; QUEIROZ, Fernanda Dayane dos Santos. O federalismo sanitário brasileiro: Análise da autonomia do ente municipal e a repercussão para o Direito Sanitário. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.15, n. 3, p. 180-201, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 180. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O Estado tem dificuldades para realizar a efetivação do direito à saúde, visto que existem problemas envolvendo distribuição de competências – especialmente em razão da configuração do nosso federalismo cooperativo - e a finitude dos recursos – o que dificulta a garantia da universalidade do direito. Com este artigo pretendeu-se avaliar a configuração do federalismo sanitário a partir da distribuição de recursos direcionados aos municípios. A partir dessa investigação, buscou-se compreender o desenho federativo brasileiro e a distribuição de recursos direcionados aos cuidados em saúde de forma a caracterizar ou não o município como um ente federado de fato. Por fim, pretendeu-se identificar em que medida se pode falar em federalismo de saúde visto que as economias dos municípios do país são mantidas por transferências de recursos da saúde provenientes da União. Como metodologia, realizou-se abordagem qualitativa, devido o vínculo essencial existente entre o material em estudo e o tema em questão. No que diz respeito aos procedimentos técnicos, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito à saúde. Federalismo cooperativo. Federalismo de saúde. Município.

Abstract: The State has difficulties guaranteeing the right to health, since there are problems involving the distribution of

competences - especially due to the configuration of our cooperative federalism - and the finitude of resources - which makes it difficult to guarantee the universality of this right. This paper evaluates the configuration of sanitary federalism from the distribution of resources directed to municipalities. From this investigation, this study tries to understand the Brazilian federative design and the distribution of resources directed to health care in order to characterize or not the municipality as a de facto federated entity. Finally, this research identifies the extent to which health federalism can be mentioned as the economies of the municipalities of the country are maintained by transfers of health resources from the Union. As a methodology, a qualitative approach was performed due to the essential link between the material under study and the theme in question. Regarding the technical procedures, bibliographic and documentary research were used.

Keywords: Right to health. Cooperative Federalism. Federalism of health. County

INTRODUÇÃO

A Constituição da República brasileira de 1988 foi a primeira a tratar a saúde como direito fundamental, de modo que a inserção desse direito no texto constitucional representou um grande avanço do ponto de vista social. A garantia desse direito passou a ocorrer por meio de ações e serviços públicos prestados pelo SUS: um sistema único, integrado, universal e gratuito. Entretanto, a consolidação desse sistema envolve uma série de desafios, como: a existência, na prática, das características do sistema federativo; o fortalecimento das capacidades administrativas e institucionais dos governos locais, regionais e central; além da necessária gestão dos recursos destinados à saúde e repartição das competências do Sistema de Saúde.

Arretche (2005) considera que os governos locais podem possuir recursos para atender as demandas existentes, mas também dispõem de limitada autonomia para definir suas atividades, visto que suas políticas são financiadas basicamente com transferências vinculadas. Vê-se que há uma estrutura de dependência dos recursos federais para os gastos em saúde, devido a forma como a política de saúde é praticada no país, com presença de centralização dos seus princípios, resquícios da configuração da forma de estado unitário, anterior à Constituição da República de 1988.

Existem problemas estruturais no federalismo de saúde brasileiro, pois a atribuição dos serviços em saúde deve ser executada pelos três entes federativos, ocorre que, muitas vezes, a execução dos serviços públicos em saúde não se efetiva. Há ainda a problemática da complexidade do sistema de repartição de receitas, com a maior parte dos recursos municipais de saúde provenientes da União.

Desse modo, com este artigo, pretendeu-se compreender o direito à saúde enquanto direito inserido na configuração federalista brasileira, abordando, inicialmente, aspectos históricos em nível mundial, e, por fim, discutir a condição do Brasil no que se refere ao Sistema de Saúde adotado, dito único, universal, equânime, regulamentado constitucionalmente. Tem-se o intuito de situar o direito à saúde no federalismo brasileiro, realizando a discussão sobre a repartição de competências no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como analisar a atribuição de responsabilidades de saúde de cada ente federativo, a qual se dá de forma solidária.

Como metodologia, realizou-se abordagem qualitativa, devido o vínculo essencial existente entre o material em estudo e o tema em questão. Segundo Gustin, Dias (2013) a pesquisa com abordagem qualitativa estuda os dados buscando seu significado, tendo como base a forma como se percebe o fenômeno do federalismo sanitário dentro do contexto do Estado brasileiro. Assim, ao utilizar a descrição qualitativa procura-se analisar não só os aspectos aparentes do fenômeno, como também seus aspectos formadores, buscando explicar sua origem, relações e mudanças, e tentando intuir as consequências.

A pesquisa, quanto aos objetivos, foi desenvolvida de forma a buscar na bibliografia disponível o estado da arte da relação entre o direito à saúde, o federalismo e a divisão de recursos

públicos no Brasil. Para Gustin, Dias (2013, p 24):

A pesquisa qualitativa tem o ambiente natural como fonte direta de dados e o pesquisador como seu principal instrumento. Segundo os autores, a pesquisa qualitativa supõe o contato direto e prolongado do pesquisador com o ambiente e a situação que está sendo investigada via de regra, por meio do trabalho intensivo

No que diz respeito aos procedimentos técnicos, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental. Gustin, Dias (2013, p. 40) destaca que a pesquisa bibliográfica, em suma, é todo trabalho científico, porquanto toda pesquisa deve ter o apoio e o embasamento na pesquisa bibliográfica para que não se desperdice tempo com um problema que já foi solucionado e possa chegar a conclusões inovadoras.

Portanto, resta claro que a pesquisa bibliográfica não é uma simples catalogação de tudo o que já foi escrito a respeito do tema, mas sim uma busca minuciosa de informações que se possa analisar de forma profunda o problema proposto, de modo que se chegue a uma resposta inovadora para o tema, mesmo que não seja uma resposta conclusiva, mas que sirva como meio para levar o leitor à refletir sobre a temática proposta.

Por seu turno, a análise documental é indispensável na medida em que é realizada a partir de documentos, contemporâneos ou retrospectivos, considerados cientificamente autênticos. Desta feita, a análise documental constitui uma técnica importante na pesquisa qualitativa, seja complementando informações obtidas por outras técnicas, seja desvelando aspectos novos de um tema ou problema (LUDKE; ANDRÉ, 1986).

1 FEDERALISMO SANITÁRIO: CONCEITUAÇÃO E ASPECTOS HISTÓRICOS

Dourado (2010, p. 05) afirma que a regionalização da saúde no Brasil deve realizar-se no contexto das relações intergovernamentais fundadas na configuração do federalismo cooperativo e em sua expressão na área da saúde.

De acordo com Dourado e Elias (2010), a forma de organização política designada federalismo sanitário brasileiro possui normatização constitucional e regulamentação disposta na Lei Orgânica da Saúde, as quais delimitam a expressão da estrutura federativa nacional na área da saúde ao determinarem o dever de todos os entes federados de atuar para a promoção, proteção e recuperação da saúde, com autonomia de cada esfera de governo para a gestão do sistema nos limites do território de cada ente federativo.

O federalismo brasileiro na área da saúde tem disposição tríplice, ou seja, apresenta a definição de três esferas autônomas de gestão sanitária (União, estados e municípios), de modo que essa organização política é denominada federalismo sanitário brasileiro (DOURADO, 2010).

De acordo com a Constituição da República de 1988, os municípios são unidades autônomas (SILVA, 2017, p. 640), no entanto, suas competências são muito limitadas e suas atribuições da gestão das políticas sociais são realizadas, em geral, no interesse da União. Esse

contexto acaba por instaurar um círculo vicioso entre União, Estados e Municípios, pois os recursos para programas sociais são, não raro, utilizados como instrumento de barganha na submissão do poder político municipal às entidades federativas centrais. Nas palavras de Arretche (2005, p. 115): “a responsabilidade pública pela gestão de políticas sociais passou a ser um dos elementos da barganha federativa”. A partir desses pressupostos objetiva-se analisar os aspectos conceituais e os aspectos históricos do federalismo sanitário no Brasil.

1.1 Aspectos conceituais de federalismo sanitário

Avaliar a evolução de determinado conceito ou de determinado instituto auxilia na compreensão de sua sistemática e de sua evolução.

Depreende-se, com essa avaliação, que o reconhecimento do Direito à saúde no Brasil é recente. Conforme enuncia Dallari (1995, p. 23) nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde como integrante do pacto federativo até a promulgação da Constituição da República de 1988.

A Constituição da República de 1988 adotou o conceito de saúde que engloba tanto a ausência de doença, quanto o bem-estar (DALLARI, 1995, p. 30). De acordo com Ribeiro e Julio (2010, p. 451) a Constituição de 1988:

Foi o resultado de todo o processo de luta por que passou o povo brasileiro para conquistar a democracia. Nela, vem a lume uma nova teoria, com alicerces claramente antropológicos, sobre os Direitos Fundamentais. A declaração de Direitos da Constituição de 1988 é a maior da história do Brasil, com 78 incisos, sem lhes exigir um caráter restritivo, sem falar sobre os direitos sociais que, na nova normatividade, tem o Direito à Saúde consagrado no art. 6º.

Sarlet (2007) afirma que a Constituição da República tratou a saúde como direito fundamental da pessoa humana, sendo impossível a sua abolição, visto existir a proteção dos direitos fundamentais, considerados cláusulas pétreas e também tendo em vista que quando se trata de saúde, trata-se também do mais importante bem jurídico a ser protegido, que é a própria vida. Dessa forma, a saúde é também um elemento de efetivação da dignidade da pessoa humana.

Porém, nem sempre este foi o entendimento nacional do que representa o direito à saúde, conforme passaremos a analisar.

1.2 Aspectos históricos do federalismo sanitário no Brasil

No Brasil do século XVI até o início do século XIX, a saúde limitava-se à utilização de plantas e ervas pelos curandeiros, que eram aqueles que possuíam conhecimentos empíricos, e ao controle de navios e saúde dos portos. Apenas com a vinda da família real para o Brasil houve a preocupação com a garantia de condições sanitárias mínimas. Mas, ainda assim, existiam

poucos médicos durante o período do Império brasileiro e essa deficiência fez com que houvesse a proliferação dos Boticários (farmacêuticos), os quais muitas vezes indicavam medicamentos e não se restringiam a sua atividade de manipular fórmulas medicamentosas indicadas pelos especialistas (POLIGNANO, 2001).

Bravo (2008) aponta que, nesse período, havia a existência de uma assistência médica pautada na filantropia e na prática liberal, sendo que a prática liberal ocorria tanto pela ação dos poucos médicos, que se formavam na Europa, quanto por boticários e ainda por curandeiros. Já as ações filantrópicas eram realizadas pela Igreja na forma de caridade, em que as pessoas sem recursos eram atendidas por médicos e instituições filantrópicas (CARVALHO, 2013).

Conforme afirma Miranda Neto (2015), até o fim do Império, todo o frágil sistema sanitário montado pelo governo central não tinha qualquer preocupação em melhorar o nível de saúde da população, seu intuito era tão somente evitar doenças nos nobres portugueses, assim como evitar declínio da economia, ocasionada pela existência de muitas enfermidades e epidemias na população.

A Constituição outorgada no Império, por D. Pedro I, a qual vigorou até a Constituição Republicana, fazia menção à saúde em dois momentos: no artigo 179, inciso XXI: “Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, à segurança, e saude dos Cidadãos” (BRASIL, 1824) e também no inciso XXXI, dispondo o seguinte: “A Constituição tambem garante os soccorros públicos” (BRASIL, 1824).

Ribeiro e Julio (2010) afirmam que essa Constituição de 1824 desenhou um cenário oligárquico com o imperador no topo da pirâmide. Com a concentração de poderes nas mãos do imperador, o Direito à Saúde não foi uma das prioridades, pois apenas existia preocupação com a garantia do direito à saúde direcionada aos nobres portugueses e membros da família real. O restante da população, ficava à mercê dos cuidados desempenhados por instituições filantrópicas.

Na transição do século XIX para o século XX, período em que o Brasil deixa de ser Império para ser República, o país estava se destacando no cenário mundial devido à produção cafeeira, de forma que muitos imigrantes se deslocaram para o país. Nesse período, surge maior preocupação com a questão sanitária, pois estados como o Rio de Janeiro passam a ser amplamente afetados pela febre amarela e, posteriormente, a peste bubônica assolou a cidade de Santos (FINKELMAN, 2002). Muito embora existisse essa preocupação maior com a questão sanitária, a Constituição de 1891, não fez qualquer menção a direitos de cunho social.

Polignano (2001) afirma que no início do século XX, Oswaldo Cruz foi nomeado como Diretor do Departamento Federal de Saúde Pública, com o objetivo de erradicar a febre amarela no Rio de Janeiro, porém, Oswaldo Cruz e seus guardas sanitaristas se utilizavam da força e da autoridade que possuíam e não realizavam o devido esclarecimento à população, que tinham receio das medidas de desinfecção. A insatisfação do povo aumentou quando em 1906, passa a vigorar a lei nº 1.261, que instituiu a vacinação anti-varíola obrigatória para toda a população, o que ensejou Revolta da Vacina. Mesmo com todas as arbitrariedades, houve erradicação da febre amarela e foi

criado o Instituto Oswaldo Cruz. Em 1920, o sucessor de Oswaldo Cruz, Carlos Chagas, introduz a propaganda e a educação sanitária na técnica de ação, que antes era apenas policial e fiscal e obtém resultados na luta contra tuberculose, lepra, doenças venéreas e melhoria das condições de saúde, higiene e saneamento básico, porém essas melhorias se restringiam aos estados em que existia a produção e exportação cafeeira. Sobre esse conturbado período, preleciona Finkelman (2002, p. 40):

A história da saúde pública no Brasil é, em larga medida, uma história de combate aos grandes surtos epidêmicos em áreas urbanas e às denominadas endemias rurais, como a malária, a doença de Chagas e a ancilostomose. Em contraste com o que ocorrera durante as epidemias de febre amarela, essa doença afetava indistintamente brancos e negros e chegou a ser apontada como principal responsável pela apatia do trabalhador brasileiro e pela “nacionalização” do imigrante europeu. Sua presença em textos de médicos, de leigos, e em representações iconográficas foi muito intensa e alcançou expressão em um dos mais importantes personagens símbolo dos pobres na literatura brasileira: o Jeca Tatu de Monteiro Lobato.

Já a partir da primeira República, viveu-se no Brasil, período de grande centralidade política, inclusive englobando a área da saúde. Dessa forma, em 1923 surge a Lei Eloy Chaves (Decreto nº 4.682), responsável por abordar o direito a uma assistência médica em âmbito nacional aos trabalhadores, com a presença das Caixas de Aposentadoria e Pensões – CAP, reconhecendo, desta forma, a responsabilização do Estado pela regulamentação da concessão de benefícios e serviços, em especial, de assistência médica. Através das CAP garantia-se o direito de empregados (inicialmente apenas de empresas ferroviárias) e seus dependentes à assistência médica, de medicamentos, de aposentadoria e de pensões (FINKELMAN, 2002). As CAP eram organizadas por empresas e financiadas por empresários e trabalhadores. Em 1932, já existiam 140 CAP, mas a maioria da população permanecia excluída do acesso aos serviços de saúde. Além disso, afirma Finkelman (2002, p. 236) que:

Havia grandes diferenças entre os planos de benefícios, porque inexistiam regras comuns de funcionamento técnico e administrativo. Cada órgão estabelecia seu regulamento, que refletia parcialmente os anseios de cada segmento da classe trabalhadora e dependia da capacidade de receita disponível por meio das contribuições.

Em 1930, na República Velha, foi promulgado o Decreto nº 19.402/30 o qual trata de uma centralização das políticas públicas de saúde através da criação do Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública.

A Constituição de 1934 representou um grande marco para os direitos sociais no Brasil. Ela foi a primeira constituição brasileira a incorporar direitos sociais, econômicos, culturais, trabalhistas, sindicais e previdenciários, com influências da Constituição Alemã de Weimar

(1919), que elevava esses direitos à categoria de direitos fundamentais, inaugurando o Estado Social brasileiro.

Nessa Constituição, o artigo 10, Inciso II, estabelecia que cabia concorrentemente à União e aos estados-membros cuidar da saúde e da assistência pública. Já o art. 121 deixa claro que a lei estabelecia as condições de trabalho na cidade ou no campo, tendo em vista a proteção social do trabalhador, inclusive garantido a ele assistência médica, no caso de gestante, foi garantido o descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego.

Mas essa proteção, como bem explicita o artigo, só era garantida aos trabalhadores formais, quanto aos desempregados e trabalhadores informais, recebiam assistência de algumas instituições de caridade ou do Ministério de Educação e Saúde Pública que prestava serviços inferiores aos oferecidos pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio àqueles inseridos formalmente no mercado de trabalho.

Vê-se quão importante era para o Estado a manutenção da saúde do trabalhador com o intuito de majorar sua força produtiva para que a máquina pública funcionasse. Nas palavras de Carvalho e Pinto (2010):

A saúde pública ganha importância na Era Vargas não porque é desvelada a condição precária a qual a vida estava sujeita nas comunidades mais pobres. Nem tão pouco por um viés de conscientização estatal e política pelos fatos que acompanham a história do Brasil. Na realidade a saúde pública ganha contornos de institucionalização e as políticas sociais são privilegiadas para mascarar o Estado autoritário.

A Carta Constitucional de 1937, tolheu os direitos fundamentais, tratava da concentração de poder nas mãos do executivo. Afirma Ribeiro e Julio (2010) que embora negasse a efetividade aos Direitos Fundamentais, trouxe em seu artigo 16, inciso XXVII, a determinação que era competência da União legislar privativamente sobre normas de defesa e proteção da saúde, com destaque para a saúde da criança (BRASIL, 1937).

Além disso, a Constituição de 1937 estendeu os benefícios da previdência a todas as categorias do operariado urbano, iniciou a implantação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAP), que asseguravam aposentadoria, pensão em caso de morte, assistência farmacêutica de baixo custo e assistência hospitalar e eram estruturados por categorias profissionais e não mais por empresas (marítimos, comerciários, bancários, industriários, servidores do Estado e trabalhadores de transporte de cargas). Houve, nesse período, a extensão dos benefícios da previdência a todas as categorias do operariado urbano (GUERRA, 2015).

Os IAPs eram institutos semelhantes aos CAPs, sendo responsáveis pela obtenção de serviços médicos aos trabalhadores e dependentes, os quais tiveram sua estrutura expandida, em especial no governo de Juscelino Kubitschek com a construção de grande parte dos hospitais públicos.

Ainda assim, como era um privilégio de trabalhadores formais e a maior parte da população

encontrava-se desamparada, quando ocorriam ações estatais de saneamento e prevenção, via-se como uma caridade política e não um dever do Estado (BERTOLLI FILHO, 2008).

Por sua vez, a Constituição de 1946, não tratou diretamente do direito à saúde, mas dispôs no artigo 5º, inciso XV, alínea b, a competência da União para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde (RIBEIRO; JULIO, 2010). Depreende-se, portanto, o forte centralismo da União.

Finkelman (2002) enuncia que na assistência à saúde, a maior inovação aconteceu em 1949, quando foi criado o Serviço de Assistência Médica Domiciliar de Urgência (SAMDU), o qual possibilitou o atendimento médico domiciliar até então inexistente no setor público; o financiamento consorciado entre todos os IAPs e, o atendimento universal ainda que limitado aos casos de urgência.

Em 1953, foi criado o Ministério da Saúde, desdobramento do Ministério da Saúde e Educação, de 1930. No entanto, conforme acusa Carvalho e Pinto (2010) durante os primeiros anos, o Ministério contou com verbas irrisórias e uma estrutura burocrática ineficiente. De acordo com Bertolli Filho (2008), o Ministério da Saúde enfrentou, além de problemas financeiros e estruturais, também problemas com prática do clientelismo, visto que havia troca de votos por leitos hospitalares, vacinas, ambulâncias, dentre outros itens.

Posteriormente, surgiu o INPS, criado pelo Decreto n. 72/66, cujo foco, segundo Guerra (2015), era a assistência médica hospitalar, tendo o Estado como financiador do sistema por meio da Previdência Social, de forma que o setor privado era o maior prestador dos serviços em saúde destinado aos empregados formais e trabalhadores autônomo, desde que contribuíssem com a Previdência Social.

De acordo com Carvalho (2013), um importante marco para a saúde brasileira foi a criação de um sistema de saúde para atender a população envolvida na extração de borracha e manganês. Tratou-se dos Serviços Especiais de Saúde Pública (Sesp), considerado pelo autor como o programa mais completo de atenção à saúde associada ao saneamento que existiu no país. Consistia em organização de unidades mistas onde era feito o atendimento básico, primeiro atendimento, urgência-emergência e internações hospitalares.

O outro grande marco, de acordo com Carvalho (2013) e Guerra (2015), foi a Conferência Nacional de Saúde, que ocorreu em 1963, em que se discutiu sobre a introdução de uma Política Nacional da Saúde, visava-se construir um sistema de saúde para todos que fosse organizado de forma descentralizada, que tivesse como protagonista o município, de modo que esse sistema fosse capaz de atender as necessidades da população, a custos suportáveis pela nação. Nas palavras de Guerra (2015, p. 54- 55):

Adotou assim a tese da municipalização com o objetivo de descentralizar a execução das ações básicas de saúde, de modo a criar uma estrutura sanitária verdadeiramente nacional e flexível o bastante para adequar-se à realidade econômica, política e social da comunidade, num país com tantas diferenças regionais. Para isso, recomendou a articulação das atividades sanitárias nos vários

níveis das administrações: federal, estadual e municipal, dando o primeiro passo para a implantação de um sistema nacional de saúde unificado. Entre outras, recomenda que União, Estados e Municípios assumam competências e que estas três esferas, na mais estreita cooperação estabeleçam, no menor prazo possível, em nível municipal, a estrutura sanitária básica do país, de forma a fornecer os cuidados médico-sanitários indispensáveis à defesa da vida de toda a população brasileira; priorização dos municípios que não dispunham de qualquer medida de defesa da saúde; que os serviços de saúde a serem implantados levassem em conta na sua estrutura, as necessidades e possibilidades de cada um.

No período do regime militar, a saúde é visualizada como um problema individual, de modo que houve a valorização dos hospitais particulares. A Carta de 1967 não declara expressamente que o Estado reconhece o direito à saúde, visto que dispositivos aparecem apenas para assegurar aos trabalhadores a assistência sanitária hospitalar e médica preventiva, de acordo com o artigo 158, inciso XV. Além desse dispositivo, houve a repetição do artigo da Constituição anterior que tratava sobre a competência da União para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde.

Em 1975, por meio da Lei nº 6229/75, é criado o Sistema Nacional de Saúde (SNS), cujos objetivos eram reorganizar e disciplinar todos os serviços de saúde componentes do sistema, como do Ministério da Saúde, do INPS, e das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde; expandir a cobertura.

Para que ocorresse a expansão da cobertura fazia-se necessário que os estados e municípios se inserissem no plano de integração, para a proteção e recuperação da saúde (BRASIL, 1975). Guerra (2015) enumera importantes institutos relacionados aos serviços de saúde criados na década de 70: o DATAPREV- empresa de processamento de dados com importante papel no controle e avaliação dos serviços; o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), a Central de Medicamentos (CEME), e o Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social (IAPAS).

A década de 1980, conhecida como a década perdida, caracterizou-se por intensas transformações nos cenários econômico e político no Brasil. No que se refere ao primeiro, pode-se afirmar que o país vivenciou uma intensa crise da dívida externa, alta inflação e aumento dos gastos públicos. Sobre as transformações políticas, citam-se: o movimento a favor das Diretas Já; a eleição para governador; a morte de Tancredo Neves e a posse inesperada de José Sarney em seu lugar; os movimentos da transição democrática; a derrubada do regime militar e a promulgação da Constituição de 1988.

Referente ao setor da saúde, Carvalho (2013) enuncia que na década de 80 houve a parceria entre a previdência e a saúde pública municipal e estadual, o que foi denominado como Ações Integradas de Saúde (AIS). A partir de 1987, as AIS foram aprimoradas e transformadas nos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde, o que durou até o início da década de 1990, quando foi implantado o Sistema Único de Saúde (SUS). Sobre o período que antecedeu a criação do SUS, se manifesta Carvalho (2013, p. 9):

A discussão de uma proposta inovadora e universal com a comunidade e os técnicos resultou naquilo que se denominou Projeto da Reforma Sanitária. Foi emprestada a Tancredo Neves e apropriada como Proposta de Saúde da Nova República. O movimento foi crescendo e culminou com uma grande assembleia em 1986, que foi a VIII Conferência Nacional de Saúde, em Brasília, com cerca de cinco mil pessoas do Brasil inteiro que referendaram a proposta de Reforma Sanitária. Essa presença maciça dos cidadãos usuários foi possível pois as AIS introduziram Conselhos de Saúde, com participação comunitária, em cada município como condição de adesão à proposta.

Vê-se que antes da criação do SUS houve muita discussão entre a comunidade, os técnicos e profissionais da saúde sobre a possibilidade de criação de uma proposta inovadora e universal. Esse período de amplo debate denominou-se Projeto de Reforma Sanitária, que teve seu apogeu com a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, em Brasília em que mais de cinco mil pessoas de todo o país referendaram o projeto que ensejou na construção do SUS.

Destaca-se ainda que o avançado sistema de saúde pensado para o Brasil, ocorreu em tempos de grandes transformações políticas e econômicas, em um período, denominado pela doutrina como neoliberal. Sobre os impactos do pensamento neoliberal na saúde, afirma Almeida (2012) que a crítica ao estado do bem-estar, a mobilização política e social na década de 70 estimulou críticas e questionamentos de todos os fundamentos básicos dos sistemas de serviços de saúde. Continua Almeida (2012) afirmando que com a crise fiscal do Estado, em meados da década de 70, formulou-se um diagnóstico e afirmações neoconservadoras configurando uma reforma setorial, que na década seguinte culminou nas reformas sanitárias.

Pode-se afirmar que o processo de reforma do sistema de saúde brasileiro está articulado à intensa transformação da sociedade no período militar, principalmente nos anos 80, quando ocorreu a transição para o governo civil. Após a instituição do governo civil, criação e implementação do SUS, em 1990, a reforma passa a sofrer obstáculos, pela submissão da política social e de saúde aos que apregoavam ajustes macroeconômicos e cortes orçamentários, tendo em vista o compromisso governamental com o pagamento da dívida externa (ALMEIDA, 2012).

Na década de 80, afirma Almeida (2012) fala-se em crise no sistema de serviços de saúde, ou seja, crise de custos dos serviços de assistência médica. Estabelece-se nesse período, uma agenda de reforma dos sistemas de serviços de saúde, que trata como principais pontos: a eficiência gerencial; a responsabilização de usuários e profissionais de saúde com os gastos; o reequilíbrio entre a alocação de recursos federais, estaduais e municipais e o mercado, representando o setor privado.

Mesmo com esse embate, o Movimento Sanitarista fomentou propostas progressistas para as políticas públicas de saúde no Brasil. Seus objetivos consistiam na mudança de foco de uma perspectiva curativa para uma preventiva, priorizando o papel do poder público na prestação desses serviços em um modelo descentralizado, operacionalizado pelos municípios, o que possibilitaria o atingimento de populações até então não atendidas pelo estado (VAZ, 2013).

Escorel (1999) afirma que a implementação da reforma se deu com a presença de problemas

institucionais, originados na proposta neoliberal do governo Collor (1990-1992) e também por ações dos profissionais de saúde. Essas dificuldades refletiram nos usuários dos serviços de saúde.

Dourado e Elias (2010) afirmam que em 1990, passava-se por uma Reforma de Estado, nos moldes do Consenso de Washington¹, cujas primeiras ações se referem ao ajuste fiscal do Estado, o que ocasiona um violento desfinanciamento das políticas sociais, em particular, a da saúde. Nesse período, como já relatado, também está se estruturando o SUS.

Somente a partir de 2000, de acordo com o que afirmam Elias e Dourado (2010) se viveu uma nova etapa, com a presença de correções e avanços em temas pouco difundidos no período anterior. Um exemplo, é a explanação das diretrizes do financiamento e da integralidade da assistência curativa/ preventiva. Mudanças no quesito da descentralização, a qual passa a contemplar a esfera estadual e municipal como indispensáveis para a estruturação do SUS. Diante desses pressupostos históricos, no próximo capítulo, pretende-se desenvolver observações sobre a criação e vigência do SUS no âmbito do federalismo sanitário no Brasil, a partir da análise das normas constitucionais e legais.

2 A CRIAÇÃO E VIGÊNCIA DO SUS NO CONTEXTO DO FEDERALISMO SANITÁRIO BRASILEIRO: A GARANTIA LEGAL E CONSTITUCIONAL DE AUTONOMIA AOS ENTES FEDERADOS

A Constituição da República de 1988 elenca as diretrizes e bases do Sistema Único de Saúde. De acordo com o artigo 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Sobre o tema, afirma Carvalho (2013) que esse conceito engloba o maior objetivo da saúde, qual seja, impedir que as pessoas adoçam, objetivo este muitas vezes “esquecido”, visto que quando se fala em saúde, pensa-se em tratar pessoas doentes.

Dispõe ainda o texto constitucional, que as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com diretrizes²,

1 Batista (1994) afirma que o Consenso de Washington representam as conclusões de uma reunião, em que estavam presentes, na capital dos Estados Unidos, funcionários do governo norte-americano e dos organismos financeiros internacionais ali sediados – FMI, Banco Mundial e BID - especializados em assuntos latino americanos com o objetivo de proceder a uma avaliação das reformas econômicas empreendidas nos países da região.

2 Carvalho (2013) realiza breve explanação sobre os princípios e diretrizes presentes na Constituição de 1988 e na lei nº 8.080/90. Divide-os em tecnoassistenciais e tecnogerenciais. Entre os primeiros, podem ser citados: a universalidade (o Para Todos), a igualdade (de acesso aos serviços e ações de saúde), a equidade (tratar diferentemente apenas a partir de necessidades de saúde), integralidade (ver o ser humano como um todo e agir nesse todo, integralmente), intersectorialidade (considerar fatores determinantes e condicionantes da saúde, como determinação econômica, social, alimentação, moradia, lazer, acesso a bens e serviços essenciais), direito à informação (quanto ao seu estado de saúde- doença, quanto ao potencial dos serviços de saúde), autonomia das pessoas (preservação da liberdade de decisão dos pacientes), resolutividade (resolver os problemas de saúde da melhor maneira com menor custo). Quanto aos princípios e diretrizes tecnogerenciais, afirmados pelo autor, podem ser citados: a descentralização (redistribuição de recursos e responsabilidades entre os entes federados, com ênfase na municipalização), regionalização (ações e serviços de saúde devem ser organizados de forma regionalizada), hierarquização (em atenção primária, secundária, terciária e quaternária, do menor, para o maior nível de especialização), complementariedade do privado (quando a capacidade de atendimento pelo SUS no âmbito público, for insuficiente e necessitar de complementação do setor privado) e a suplementariedade do privado (em decorrência da livre iniciativa privada também para a saúde).

quais sejam: a descentralização, com direção única em cada esfera do governo; o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e a participação da comunidade.

É coerente afirmar que o SUS representa a mais importante instituição jurídica do Direito Sanitário, visto que integra e organiza outras instituições para o desenvolvimento das atividades necessárias para garantia do direito à saúde. Mais do que isso, o SUS reúne todas as instituições jurídicas autônomas e complementares entre si, que desenvolvem ações e serviços públicos de saúde no Brasil. Aith (2007, p. 267) afirma que a “definição do Sistema Único de Saúde passa pela compreensão do conjunto de normas jurídicas que define os seus integrantes, estabelece o seu campo de atuação, cria os seus mecanismos de ação e prevê formas de sanção para quaisquer descumprimentos”.

Mesmo depois da Constituição da República de 1988, que instituiu o SUS, considerado a maior estrutura política pública voltada para a área da saúde, segundo Prado (2012), os serviços de saúde no país ainda possuem características que dificultam a sua implantação, tal como fora pensado. Entre essas características, Cohn e Elias (2001) enumerou as seguintes: o fato de ser altamente centralizado, acentuadamente privatizado, crescentemente distante das reais necessidades de saúde da população brasileira, com clara divisão de trabalho entre os setores público e privado, discriminatório e injusto e com acentuadas distorções na sua forma de financiamento.

Sobre ser altamente centralizado, tal característica deve-se a configuração do sistema federativo, em que as definições de diretrizes, prioridades para o setor são elaboradas pelo governo federal e pelo Executivo, de forma que os Estados e Municípios possuem pouca autonomia, formulam poucas políticas próprias, adequadas à realidade em que se inserem.

É também acentuadamente privatizado, pois muitas vezes, a assistência médica ao indivíduo é prestada pelo setor privado com pagamento a ser feito pelo setor público.

Outras características bastante problemáticas se referem a não utilização dos recursos para atender as reais necessidades de saúde da população brasileira e a divisão do trabalho entre os setores público e privado.

A maioria dos problemas de saúde da população brasileira (hipertensão, diabetes, doenças como dengue, febre amarela) poderiam ter resolução em atendimento da rede básica de saúde, nos centros de saúde, postos de saúde ou ambulatórios (com a vacinação em massa, com campanhas para controle de moléstias transmissíveis, acompanhamento do hipertenso, diabético, em especial da pessoa idosa). Porém, a estrutura dos serviços de saúde possui tão pouca integração, que a população, quando é atendida já está em estado de saúde mais agravado, necessitando de serviços que envolvam maiores tecnologias, elevando os custos e até mesmo a lucratividade do setor privado, que recebe dinheiro público para realizar esses atendimentos.

O perfil da organização dos sistemas de saúde é ainda injusto e discriminatório, pois infelizmente, quem utiliza os serviços públicos de saúde são aquelas pessoas que não estão inseridas formalmente no mercado de trabalho, ou se estão, o que obtêm com o trabalho é utilizado para a sua subsistência e de sua família, tendo como única alternativa utilizar os SUS, e lidar com todas

as suas mazelas. Sobre os problemas do SUS, se manifesta Andrade e Andrade (2010, p. 71):

Assim, podemos concluir que o sistema de saúde brasileiro, apesar do que diz a Constituição Federal, não é único, nem integral e nem universal, pois divide, consensualmente, espaço com um sistema suplementar; restringe acesso a tratamentos notoriamente válidos e apresenta uma universalidade excludente quando assiste 40 milhões de brasileiros migrarem para a assistência suplementar por se sentirem mal atendidos pelo sistema público. Por certo, pode-se discutir que as dificuldades operacionais, associadas à notória falta de recursos, são as causas do não alcance da universalidade desejada. Mas essas justificativas não se sustentam frente a uma política pública que estimula a assistência médica suplementar com incentivos fiscais e um sistema de controle que não se submete aos princípios do SUS.

No entanto, mesmo diante das críticas apresentadas por Andrade e Andrade (2010), deve-se reconhecer a excelente arquitetura do SUS, estruturado a partir de normas constitucionais e *densificado* com a musculatura infraconstitucional. Para que se possa compreender essa estrutura, passa-se a uma análise mais detalhadas das principais normas de regulamentação do sistema de saúde no Brasil, bem como a repartição de competências e a responsabilidade solidária dos entes federativos.

1.1 A normativa infraconstitucional do Sistema Único de Saúde Brasileiro

Além da Constituição da República, o SUS tem regulação por leis próprias, quais sejam: a lei nº 8.080/1990, regulamentada pelo Decreto nº 7.508/2011 e a lei nº 8.142/1990. Segundo Guerra (2015), a lei nº 8.080/90 pode ser visualizada como possuidora de uma maior amplitude, visto que é responsável por regulamentar disposições gerais e preliminares, objetivos e atribuições, princípios e diretrizes, organização, direção e gestão, competências e atribuições, serviços privados de assistência à saúde, recursos humanos, financiamento (dos recursos, da gestão financeira, do planejamento e do orçamento) e finalmente disposições transitórias. Finkelman (2002) atribui sua importância por proporcionar o realce das competências do Ministério da Saúde; enfatizar a descentralização das ações e serviços para os municípios; e valorizar da cooperação técnica entre Ministério da Saúde, estados e municípios, onde estes ainda eram vistos, preponderantemente, como receptores de tecnologia.

A segunda normativa infraconstitucional mais importante é a Lei nº 8142/90 que trata, conforme enumera Guerra (2015), de dois assuntos vetados na lei nº 8.080/90, quais sejam: a participação da comunidade, com a criação das Conferências e dos Conselhos de Saúde, e o financiamento, incluindo transferência intergovernamental de recursos financeiros.

Mesmo assim, ainda no início da década de 90, os estados e municípios operam como meros prestadores de serviços, sem autonomia em relação ao planejamento e regulação do sistema de saúde (GUERRA, 2015), o que teve como consequência o fato de privilegiar o financiamento

da Assistência hospitalar e ambulatorial.

Somente em 1996, com a criação da NOB de 1996, que houve maior preocupação com a repartição de recursos para os entes municipais, visto que se considerou que a organização do serviço de saúde ocorre por um processo espontâneo de articulação política intermunicipal em que os municípios negociam entre si, de modo a acessar recursos não disponíveis no seu território, sob mediação do gestor estadual.

A partir de então, entendeu-se que, com a maior proximidade entre os beneficiários da política de saúde e o ente gestor, seria possível responder melhor a quadros epidemiológicos por regiões, de modo a realizar adequação das ações às necessidades específicas de cada população.

Afirma-se também que a descentralização se desenvolveu com mais intensidade em um conjunto de estados e municípios dotados de estruturas, recursos e capacidade gerencial acima da média do país, fazendo com que a expansão da autonomia ocorresse primeiro em um pequeno grupo de municípios de maior porte, em geral capitais de estados e polos regionais, para depois contemplar um conjunto mais amplo de municípios.

Já em meados dos anos 2000, passou-se a tratar com maior importância a responsabilização dos gestores das três esferas federativas, o que se pode afirmar a partir da implementação de um Pacto de Gestão, em que os compromissos passaram a ser previamente negociados, assim como se passou a estabelecer metas a serem atingidas de forma cooperativa e solidária. O instrumento normativo infralegal, portanto, foi denominado de Pacto pela Saúde (RAMOS; MIRANDA NETTO, 2017).

Atualmente, com fulcro no disposto na Constituição da República, nas legislações supramencionadas, Normas de Operação e Decretos, o SUS é constituído por ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde executados pelos entes federativos, de forma direta ou indireta, mediante a participação complementar da iniciativa privada, sendo organizado de forma regionalizada e hierarquizada, em conformidade com um planejamento de saúde.

1.2 Repartição de competências no SUS e a responsabilização solidária dos entes federativos

A repartição de responsabilidades das três esferas na implementação da ação regional do sistema de saúde requer a compreensão de que os recursos e serviços envolvidos na região, devem ser planejados, organizados e geridos em regime de colaboração.

Em matéria sanitária, existem as competências legislativas concorrentes e administrativas comuns. Sobre o tema, a Constituição da República designou, no art. 24, XII, a competência concorrente da União, Estado e Distrito Federal para legislar sobre a defesa da saúde e, no art. 30, II, aos Municípios trouxe a incumbência de suplementar a legislação federal e estadual.

O art. 23, II da Constituição da República de 1988 instituiu a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde, devido à existência da competência comum. Outro ponto que dificulta a repartição de competências, é o trazido pela

própria Constituição, em seu artigo 30, inciso VII, que atribui aos Municípios a responsabilidade de prestar diretamente os serviços de atendimento à saúde, embora devam fazê-lo em cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, pois a sua responsabilidade como executor das ações de saúde, não exclui a responsabilidade subsidiária dos demais entes, visto que o artigo 23, II da Constituição Federal trata sobre a responsabilidade comum institucional.

Embora a Constituição da República tenha instituído a saúde como competência comum, cuja responsabilidade do cumprimento das ações dá-se de forma solidária, existem normas infra legais que fixam alguns critérios de distribuição de atribuições e repartição de competências entre os gestores. Cita-se a lei nº 8.080/90 que dispõe em seu artigo 15 sobre as atribuições comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Os artigos 16, 17 e 18, determinam o que compete às direções nacionais, estaduais e municipais do Sistema Único de Saúde.

Depreende-se que o SUS é estruturado em um sistema complexo, mas que há a definição das atribuições dos três entes federativos. Além disso, muitas ações são de competência solidária, muito embora, os municípios deveriam ser os principais executores das ações e serviços de saúde, visto serem os entes mais próximos dos problemas sociais. No entanto, é o ente financeiramente mais frágil, de modo que a solução encontrada pelo ordenamento jurídico para que haja a prestação das ações e serviços de saúde, é a configuração de um federalismo solidário.

Em outras palavras, afirma-se que a execução das ações e serviços públicos de saúde deve ocorrer preferencialmente pelos entes locais, por ao estarem mais próximos dos cidadãos. Aos Estados, caberia uma atuação complementar em relação aos Municípios, ao passo que à União, complementar aos Estados.

Infelizmente, o Poder Judiciário, muitas vezes, desconsidera as normas jurídicas legais e infralegais de repartição da competência e distribuição de atribuições entre os gestores, impondo indistintamente aos três entes federados a responsabilidade por qualquer ação e serviço de saúde. Logo, conforme afirma Dresch (2015) faz-se necessário discutir os limites da universalidade de acesso e a integralidade do atendimento assim como a validade das normas de repartição de competência e a distribuição de atribuições entre os gestores.

Afirma Dresch (2015) que somente quando não existir políticas públicas específicas, aplica-se a regra da solidariedade institucional ou sistêmica do art. 23, II, da Constituição da República, a partir do momento em que as normas legais e infralegais distribuíram atribuições, passou a existir uma repartição de competência entre os gestores, fracionando-se a solidariedade que se transforma em subsidiariedade.

Sobre a responsabilidade solidária, fruto de a saúde ser competência comum entre todos os entes federativos, o tema divide opiniões.

Para alguns, como Oliveira (2011), tendo em vista os entraves potenciais enfrentados para acesso aos serviços públicos de saúde, outras formas de competência poderiam gerar dificuldades aos destinatários desse direito em ter alcançada a sua efetivação. Ou seja, não sendo comum a competência para a saúde, frente a uma omissão da administração pública o cidadão teria reduzida as pessoas públicas em face de quem poderia cobrar judicialmente a garantia desse direito.

Outros autores, consideram que, com a cooperação, os entes possam atuar em conjunto e articuladamente, sem dispersão de recursos e esforços, para alcançar resultados mais satisfatórios. Nesse sentido, afirma Barroso (2008):

Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

A responsabilidade solidária dos cuidados em saúde foi disposta no ordenamento jurídico com o intuito de garantir a satisfação do direito ao cidadão, de forma mais rápida, mas sua funcionalidade tem sido deturpada. Afirma Teixeira (2016) que a responsabilidade solidária, na forma como tem sido aplicada, gera desperdícios, imprevisibilidade e ineficiência ao sistema, pois quando todos os entes federativos são judicialmente acionados sem observância da ocorrência de repartição de competências, o planejamento é prejudicado e há onerosidade daquele ente que originariamente não estava incumbido de financiar objeto do direito, ou seja, depreendem-se muitos esforços. Continua, o mesmo autor, afirmando que, num primeiro momento, a responsabilidade solidária pode ser interessante e vantajosa ao cidadão que pleiteia o direito, contudo pode haver o comprometimento do equilíbrio financeiro de uma das esferas de gestão do SUS, sobrecarregando um dos entes em face dos demais e até mesmo prejudicando a viabilidade do sistema de saúde (TEIXEIRA, 2016).

CONCLUSÃO

O presente artigo abordou o federalismo sanitário no Brasil, de modo que, inicialmente, tratou-se sobre o direito à saúde, em que é importante destacar que, por muito tempo, a saúde no Brasil estava mais voltada a atender as pessoas que contribuíam formalmente ao sistema, ou seja, que possuíam vínculos empregatícios. Aos considerados pobres e indigentes, o atendimento era precário, realizado pelas Santas Casas, que vivia em superlotação.

Em meados dos anos 70 ocorreu a Reforma Sanitária. Foi a partir desse momento, em meio a grandes transformações - incluídas tecnológicas, de organização, divisão de trabalho, de ideologia, condições políticas e econômicas em que se visava a superioridade do livre mercado - que foi pensado em um dos mais avançados sistema de saúde do mundo, que possui como características, a universalidade, a integralidade, qual seja: o SUS.

Porém, apesar de muito bem pensado, o SUS, conforme traz Campos (2007), é considerado uma reforma social incompleta, com implantação heterogênea, desigual, conforme características geopolíticas ou *geoculturais* de cada região, com problemas de insuficiência de recursos, de

estruturação, de funcionamento. Além disso, possui como características, de acordo com Cohn e Elias (2001), o fato de ser altamente centralizado, acentuadamente privatizado, distante das reais necessidades de saúde da população brasileira, discriminatório, injusto, com grandes distorções na sua forma de financiamento.

Campos (2007), acredita que uma estratégia importante seria articular a defesa do SUS às reformas da ordem social e política brasileira com a realização de distribuição de renda já e saúde para todos. Porém, se observa que se há insuficiência de recurso para o SUS, nesse caso, constata-se que há também problemas na sua utilização e gerenciamento. Propõe como solução para o problema do financiamento, a reformulação com rapidez do modelo de repasse de recursos aos estados, municípios e serviços.

Conclui Campos (2007, p. 306) que a defesa do SUS e o sucesso do SUS dependem da força com que a sociedade brasileira coloca a vida das pessoas acima de todas as outras racionalidades, e ainda compreenda que as políticas públicas podem se constituir em um meio poderoso para a efetiva defesa da vida.

De acordo com Ramos e Miranda Netto (2017), foi tão somente nos anos 2000 que se passou a buscar a efetiva implementação do conceito de regionalização, ou seja, após mais de uma década de vigência da República de 1988. Além disso, afirmam os autores (2017) que certas decisões do Governo Federal põem em dúvida se há de fato uma preocupação com a garantia do financiamento do SUS, visto que, sabe-se da ocorrência de redirecionamento de recursos para outras áreas após a criação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF, que afetou o percentual constitucional mínimo a ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde, e da criação de contribuições sociais enquanto tributos que não são alvos de transferências constitucionais obrigatórias.

É possível depreender da pesquisa que as legislações que tratam sobre financiamento do SUS buscam assegurar a ele a obtenção dos recursos mínimos necessários à operacionalização das ações em saúde, para que sejam garantidos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, tais como a vida, dignidade e saúde

Sabe-se que a saúde depende de uma complexa organização da rede e, também, de uma rede de complexas organizações, que envolve múltiplos atores e diferentes interesses. A vinculação, tem como finalidade garantir que os estados e os municípios venham a se colocar em um mesmo ponto de partida no que tange ao gasto com saúde e, com isso, tenham a possibilidade de ter maior autonomia na forma de executar o gasto, definindo seus modelos próprios. Porém, a intensa e extensa normatização acaba por engessar a atuação de estados e municípios, permitindo a superação de uma série de dificuldades enfrentadas pelos gestores.

Por outro lado, há o problema do enquadramento em responsabilização solidária dos três entes federativos, o que, ao primeiro momento pode ser visto como interessante e vantajoso ao cidadão que pleiteia o direito, contudo pode ocasionar efeitos negativos ao equilíbrio financeiro de uma das esferas de gestão do SUS, sobrecarregando um dos entes em face dos demais e até mesmo prejudicando a viabilidade do sistema de saúde.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALMEIDA, Célia. **Reforma de sistemas de saúde: tendências internacionais, modelos e resultados**. In: GIOVANELLA, L.; ESCOREL, S.; LOBATO, L. V. C.; NORONHA, J. C.; CARVALHO, A. I. (org.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2012. p. 3101-3103.

ANDRADE, Elizabeth Nogueira de; ANDRADE, Edson de Oliveira. O SUS e o direito à saúde do brasileiro: leitura de seus princípios, com ênfase na universalidade da cobertura. **Revista Bioética**, Brasília, v. 18, n. 1, p. 61-74, 2010.

ARRETCHE, Marta. Quem taxa e quem gasta: A barganha federativa na federação brasileira. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, n. 24, p. 69-85, jun. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 20. Disponível em < <https://migalhas.uol.com.br/depeso/52582/da-falta-de-efetividade-a-judicializacao-excessiva--direito-a-saude--fornecimento-gratuito-de-medicamentos-e-parametros-para-a-atuacao-judicial>>. Acesso em 17 ago 2017.

BATISTA, Paulo Nogueira. **O Consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos**, 1994.

BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Ática, 2008

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 17 ago 2017.

BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de Junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 72, de 21 de Novembro de 1966**. Unifica os Institutos de Aposentadoria e Pensões e cria o Instituto Nacional de Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0072.htm. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção,

proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 5 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de Dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm. Acesso em: 16 ago. 2017.

BRAVO, Maria Inês Souza. **Política de Saúde no Brasil**. Cuiabá: Conselho Estadual de Saúde, 2008. Disponível em: <http://www.saude.mt.gov.br/ces/arquivo/2163/livros>. Acesso em: 22 jul. 2017.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. Reforma política e sanitária: a sustentabilidade do SUS em questão? **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 301-306, 2007.

CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, v. 27, n. 78, 2013.

CARVALHO, Heitor Humberto do Nascimento; PINTO, Márcio Alexandre da Silva. A evolução do direito à saúde pública da cidadania brasileira. **Horizonte Científico**, Uberlândia, v. 4, n. 2, jan. 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/4402>. Acesso em: 22 jul. 2017.

COHN, Amélia; ELIAS, Paulo E. **Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços**. 4 ed. São Paulo: Cortez: CEDEC, 2001.

DALLARI, Sueli. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DOURADO, Daniel de Araújo. **Regionalização e federalismo sanitário no Brasil**. 2010. 183f. Dissertação (Mestrado em Medicina Preventiva). Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

DOURADO, Daniel de Araújo; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. Regionalização e dinâmica política do federalismo sanitário brasileiro. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 1, p. 204-211, 2010.

DRESCH, Renato Luís. A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores. **Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde**, Belo Horizonte, v. 12, n. 1, 2015. Disponível em: <http://revistas.face.ufmg.br/index.php/rahis/article/view/2801/1531>. Acesso em: 10 ago. 2017.

SCOREL, Sarah. **Reviravolta na saúde: origem e articulação do movimento sanitário**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999.

FINKELMAN, Jacobo (org.). **Os caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2002.

GUERRA, Daniele Marie. **Descentralização e regionalização da assistência à saúde no estado de São Paulo: uma análise do índice de dependência**. 2015. 209 f. Tese (Doutorado em Saúde

Pública) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-16112015-112549/pt-br.php>. Acesso em: 2 jun. 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LUDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E.D.A. **Pesquisa em educação: abordagens qualitativas**. São Paulo, EPU, 1986.

OLIVEIRA, Tayanne Martins. A judicialização da saúde: atuação do Poder Judiciário para efetivação de garantia constitucional. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, n. 2895, 2011.

POLIGNANO, Marcos Vinicius. História das políticas de saúde no Brasil: uma pequena revisão. **Cadernos do Internato Rural**, Belo Horizonte, v. 35, 2001. Disponível em: <http://www.saude.mt.gov.br/upload/documento/16/historia-das-politicas-de-saude-no-brasil-%5B16-030112-SES-MT%5D.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. **Direito fundamental à saúde: direito social tratado como direito individual no Brasil**. Dissertação (Mestrado Em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Porto Alegre, Minas Gerais, 2012. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2012/01.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; MIRANDA NETTO, Edson Barbosa de. O Federalismo e o Direito à saúde na Constituição Federal de 1988: limites e possibilidades ao estabelecimento de um autêntico federalismo sanitário cooperativo no Brasil. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v. 4, n. 49, p. 304-330, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2296/1426>. Acesso em: 1 dez. 2017.

RIBEIRO, Weslley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. Direito e sistemas públicos de saúde nas constituições brasileiras. **Revista Eletrônica NEJ**, Itajaí, v. 15, n. 3, p. 447-460, set./dez. 2010. Disponível em: <http://www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 11 ago. 2017.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TEIXEIRA, Claudinéia Celestino. **Direito à saúde, repartição de competência dos entes federativos na assistência farmacêutica do SUS e a jurisprudência**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46241/84.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 ago. 2017.

VAZ, Marcelle S. **Federalismo, instituições políticas e sinergia estado-sociedade: entendendo processos e resultados do Programa Saúde da Família**. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

Como citar: RAMOS, Edith Maria Barbosa; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; QUEIROZ, Fernanda Dayane dos Santos. O federalismo sanitário brasileiro: Análise da autonomia do ente municipal e a repercussão para o Direito Sanitário. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15,

n. 3, p. 180-201, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 180. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 06/08/2019.

Aprovado em: 16/09/2019.

A INSUSTENTABILIDADE DO DELITO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

THE UNSUSTAINABILITY OF SETTING UP BROTHELS IN
BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Renato Kramer da Fonseca Calixto*
Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira **

*Especialista em Ciências Criminais pelo IBCJUS. Mestre em Direito Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Mestre pela Humboldt-Universität e doutorando pela mesma instituição. E-mail: renato_kramer@hotmail.com

**Mestre e doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e professor da Faculdade Damas. Cientista visitante da Humboldt 2019/2020. E-mail: leonardo.henrique@faculdedamas.edu.br

Como citar: CALIXTO, Renato Kramer da Fonseca; SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. A insustentabilidade do delito de casa de prostituição no Direito Penal brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 202-220, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 202. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O presente artigo discorre sobre a insustentabilidade do delito de casa de prostituição previsto no artigo 229 do código penal brasileiro. Para tanto, será feito um estudo do bem jurídico, concretizado pelo alemão Claus Roxin. Dentro desse estudo verifica-se que há situações em que não há violação do bem jurídico. Algumas delas, como mostraremos, se enquadram naqueles comportamentos previstos no tipo sob análise. Adiante, será abordado o princípio da adequação social, o qual, como será visto, funciona não apenas como um princípio regulador do tipo, mas também anterior à sua criação. Além disso, valeremo-nos do estudo das teorias da pena, seja ela retributiva ou relativa. Nesta última, apresentaremos as teorias da prevenção geral negativa e positiva. Para tanto, empregaremos o método hipotético-dedutivo, pois partiremos de critérios objetivos - teoria do bem jurídico, teoria da adequação social e da teoria da prevenção geral -, no sentido de aplicá-los aos casos particulares. Por fim, mostraremos, muitas vezes tendo como base aqueles critérios, que o crime de casa de prostituição deve ser expurgado do nosso sistema jurídico-penal, haja vista não violar nenhum bem jurídico, ser compatível com a adequação social e, por fim, ser alheio aos fundamentos da pena, incorporados através da teoria da prevenção geral.

Palavras-chave: Casa de prostituição. Bem jurídico. Princípio da adequação social. Teorias da pena.

Abstract: This paper discusses the crime of setting up brothels, established by article 229 of the Brazilian Criminal Code. For this purpose, a study of the legal good will be examined from the perspective of Claus Roxin. Furthermore, this study understands that there are situations in which there is no violation of the legal

good. Some of them, as shown, fit into specific behaviors foreseen in the type of crime under analysis. The principle of social adequacy, which, as will be seen, functions not only as a regulating principle of this type of crime. In addition, this article explores the theories of punishment, be it retributive or relative. In the latter, we will present the theories of negative and positive general prevention. From this perspective, this research uses the hypothetical-deductive method, since we will start from objective criteria - the theory of the legal good, the theory of social adequacy, and the theory of general prevention - in order to apply them to particular cases. Finally, this paper shows, with use of these theories, that the crime of setting up brothels should be deleted from our legal-criminal system, since it does not violate any legal good, is compatible with social adequacy, and, finally, is alien to the foundations of the penalty, incorporated through the theory of general prevention.

Keywords: Brothels. Legal goods. Principle of social adequacy. Theories of punishment.

INTRODUÇÃO

O crime de casa de prostituição para exploração sexual está previsto no artigo 229 do código penal brasileiro - com nova redação em face da lei nº 12.015 de 2009 - o qual preconiza: “Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente [...]” (BRASIL, 2009). O tipo penal em comento visa coibir a exploração sexual perpetrada exclusivamente por terceiros, tendo em vista que a prostituição - principal forma de exploração sexual - por si só é uma conduta impunível. Nesse espeque, o legislador decidiu criminalizar as principais condutas adjacentes à exploração sexual - podemos incluir nesse rol o crime de rufianismo, igualmente previsto no nosso Código Penal.

Apesar da modificação trazida pela supracitada lei, o crime do artigo 229 é uma previsão que remonta os primórdios do nosso código penal de 1940, ainda sob a rubrica dos crimes contra os costumes. Desde a sua criação e em virtude da sua redação, sempre se questionou o bem jurídico tutelado com a respectiva proibição penal, pois o crime é cometido sem violência ou grave ameaça, o que pressupõe, por exemplo, um assentimento da prostituta em se manter no recinto. O crime resta cometido mesmo quando - para nos mantermos no exemplo levantado - a prostituta preste depoimento afirmando que se dirige ao local de livre espontânea vontade e que só se beneficia com o ambiente. Assim, consolidou-se o entendimento que o delito protegeria a moralidade pública sexual; a coletividade seria o sujeito passivo do delito. O próprio STF (HC 104467 - RS), em um julgado datado de 2011, assentou a existência do crime de casa de prostituição, ao afirmar que, os bens jurídicos protegidos em benefício de toda a coletividade são a moralidade sexual e os bons costumes, rejeitando a incidência do princípio da fragmentariedade e, sobretudo, da adequação social. (BRASIL, 2011).

A pergunta de pesquisa se materializa na seguinte assertiva: a moralidade pública sexual passaria pelos filtros normativos criados pela dogmática penal para determinar uma conduta como penalmente punível?

Defendemos a hipótese que o crime previsto no artigo 229 do Código Penal não ultrapassa os filtros normativos engendrados pela doutrina penal e a criminalização não seria legítima. Assim, o objetivo geral do trabalho é investigar a legitimidade da proibição criada pelo legislador brasileiro ao criminalizar o estabelecimento onde ocorre exploração sexual.

Para atingir o objetivo geral elencado, o presente artigo tem três objetivos específicos, traduzidos nas seguintes abordagens: primeiro, estudaremos questões relacionadas ao bem jurídico com base nas contribuições desenvolvidas pelo alemão Claus Roxin. Este autor defende a ideia que o Direito Penal funcionaria como um instrumento subsidiário de proteção de bens jurídicos, criando, com esse intuito, uma série de restrições à criminalização de condutas que não respeitam essa função; posteriormente, esboçaremos algumas considerações sobre o princípio da adequação social desenvolvido pelo criador da teoria finalista da ação, Hans Welzel, esclarecendo que esse princípio funciona como uma espécie de anteparo ao legislador no momento da formulação

dos tipos penais, além da sua função de reinserção dos tipos no novo contexto político, social e histórico; e, por fim, abordaremos as teorias da pena, especificamente a retribuição e a prevenção geral negativa e positiva, objetivando demonstrar a necessidade ou não da aplicação de uma sanção penal, tendo em vista que, desde a viragem metodológica imposta por Roxin mostrando a simbiótica relação entre a Política Criminal e o Direito Penal, as finalidades da pena funcionalizam os elementos do delito.

A metodologia adotada no trabalho é a bibliográfica, principalmente a produzida pela doutrina alemã, uma vez que os aspectos teóricos desenvolvidos aqui surgiram no seio da dogmática penal da Alemanha. O método adotado foi o hipotético dedutivo tal como preconizado por Karl Popper.

1 A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

A finalidade do Direito Penal (e, portanto, o motivo pelo qual o legislador aceita tipos penais específicos na lei) é a proteção de determinados bem jurídicos (EISELE, HEINRICH, 2017, p. 4). Bem jurídicos são bens socialmente reconhecidos, como vida, integridade física, liberdade e propriedade. Eles recebem proteção jurídica, pois a eles é conferida uma importância considerável para um convívio organizado na sociedade (HOFFMANN-HOLLAND, 2011, p. 4). Nessa trilha, dois grupos de bem jurídicos se diferenciam: de um lado, temos os bens jurídicos individuais, nos quais pertencem, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade, a propriedade e o patrimônio. De outro lado, temos os bens jurídicos universais ou os bens jurídicos da coletividade, como, por exemplo, a segurança do trânsito rodoviário e o meio ambiente (RENGIER, 2017, p. 9). Nos primeiros, o bem jurídico vale-se de um determinado grupo de pessoas, ao passo que os bens universais é característico que todo mundo possa utilizá-los, sem que, deste uso, alguém possa ser excluído (HEFENDEHL, 2002, p. 19). Segundo Busato, no entanto, a concepção de bem jurídico deve ser a derivação do monismo, ainda que não possa chamar-se de personalista, visto que não põe em primeiro plano unicamente o indivíduo singularmente considerado, mas, também, considerado no plano coletivo, sem prevalência de um sobre o outro, daí o emprego da denominação monista humanista (BUSATO, 2017, p. 515-516).

Tanto os bens jurídicos individuais como também os bens jurídicos da coletividade servem, por conseguinte, às possibilidades de desenvolvimento do indivíduo. A diferença entre ambos é que, enquanto nos bens jurídicos individuais a lesão de um bem afeta diretamente a possibilidade de desenvolvimento de uma determinada pessoa, a lesão de um bem jurídico da coletividade afeta indiretamente as possibilidades de desenvolvimento de todas as pessoas. Esta diferença é de grande importância, sobretudo, para a avaliação de danos de bens jurídicos com consentimento do afetado. Na lesão a bens jurídicos individuais o consentimento do afetado tem um efeito válido, desde que não se trate de um bem jurídico indisponível. De outro lado, na lesão de bens jurídicos da coletividade o consentimento dos participantes imediatos não tem um efeito válido - por exemplo, o falso testemunho, ou seja, mesmo quando todos os participantes do

processo estejam de acordo com a mentira propalada pela testemunha não há a exclusão do crime. (FRISTER, 2015, p. 36).

A despeito dessa divisão, ainda é controvertido se o legislador pode considerar a proteção de bens jurídicos como um princípio limitador do Direito Penal material, o que significa que ainda hoje não existem exigências expressas ou uma regulamentação constitucional de um tal princípio. Também não é esclarecido quais as exigências podem ser formuladas de um bem jurídico no sentido do Direito Penal, de modo que pudessem proporcionar uma subsunção em relação às leis penais específicas (KASPAR, 2015, p. 40).

Porém, a proteção de bens jurídicos, como princípio de Direito Penal, tem uma longa tradição que deve ser respeitada. Conecta-se a ela a ideia de um Estado liberal, no qual limita-se o uso do Direito Penal por meio da proporcionalidade (KASPAR, 2015, p. 40). No contexto de um Estado liberal, para Roxin (2006, p. 16), bens jurídicos devem ser entendidos como todas as circunstâncias ou o assentamento de objetivos que são necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal construído sobre esta representação objetivada.

Segundo essa concepção de bens jurídicos, pode-se extrair que, a imoralidade ou a censurabilidade ética de um comportamento não pode justificar uma ameaça de pena, desde que os requisitos de um convívio pacífico não seja lesionado. O exemplo paradigmático é a homossexualidade cuja prática até 1969 era crime na Alemanha e cuja penalização com o projeto de 1962 deveria manter-se, pois não seria proibido ao legislador censurar eticamente determinados casos e também a incriminação de comportamentos vergonhosos, segundo o convencimento geral. Esse tipo de comportamento, porém, merece ficar sem pena, pois um comportamento que ocorre com o consentimento dos participantes em vida privada não causa lesão à liberdade e à segurança de ninguém (ROXIN, 2006, p. 19).

Ademais, leis penais arbitrárias, puramente com motivações ideológicas ou contra direitos fundamentais não protegem bens jurídicos. Sobre a sua ilegitimidade podemos citar aqueles casos em que o princípio da igualdade, a liberdade de opinião e de crença são violadores de dispositivos penais. Porém, casos dessa magnitude são raros em um Estado de Direito. Até mesmo quem é contra a concepção de proteção de bens jurídicos chega ao mesmo resultado, baseando-se geralmente na Constituição (ROXIN, 2006, p. 18).

Além disso, a descrição de representação de objetivos não justifica bem jurídico que legitime o tipo. Uma punição assaz controvertida é a aquisição para uso próprio de haxixe na Alemanha, onde não raramente é argumentado que o bem jurídico protegido seria a existência de uma sociedade livre de drogas. Entretanto, a punição não pode ser assim justificada, pois a pergunta decisiva se, mediante o comportamento incriminado o convívio pacífico das pessoas fica lesionado e um dano é causado, fica sem resposta. Do mesmo modo não se justifica a punição da ação com órgãos humanos que a lei de transplante alemã prevê, para a qual a liberação da doação de órgãos esclarece ponderações comerciais para a proteção de bens jurídicos. No entanto, aqui também permanece em aberto qual dano pessoal e social surge caso alguém, por exemplo, exija

para uma doação póstuma uma remuneração adequada, que deva ser convertida em benefícios para o sobrevivente. Essa construção de tais bens jurídicos (a sociedade livre de drogas, a não comercialização de doação de órgãos) significa nada mais do que a descrição da finalidade da lei e corresponde, portanto, a um conceito metódico imanente ao sistema de bem jurídico. Porém, ela não é equitativa a um conceito limitador de Direito Penal e crítico ao sistema do conceito de bem jurídico (ROXIN, 2006, p. 18-19).

Também a infração contra a dignidade da pessoa humana, por si só, não é motivo suficiente para uma punição. A dignidade humana serve atualmente na Alemanha e também na discussão internacional como meio bem-quisito para a legitimação de ameaças de pena. Isso é também segundo a opinião aqui defendida legítimo quando a lesão da dignidade da pessoa humana refere-se a outras pessoas individuais. Quem lesiona a dignidade da pessoa humana de um outro, torturando-o, por exemplo, para a obtenção de uma declaração, ou usa-o para experimentos médicos, ou o estupra, infringe regras elementares de um convívio pacífico. Desse modo, a dignidade humana pertence aos bens jurídicos mais importantes, mesmo quando nos exemplos acima já subsista uma lesão de outros bens jurídicos (integridade física, autodeterminação sexual) (ROXIN, 2006, p. 20).

Um outro cenário surge quando se considera como possível uma lesão da própria dignidade humana e torna-se motivo para uma punição. Então a infração contra a dignidade humana ganha uma parecida importância, como outrora tinha a “censurabilidade” ou a “imoralidade”. Pode-se, por exemplo, dizer que o ato sexual com animais infringe a dignidade humana quando alguém o pratica. Isso não é, porém, motivo para punição, visto que o Direito Penal tem a tarefa de impedir comportamentos danosos à sociedade. Da mesma forma, caso quisesse avaliar o suicídio como desrespeito à própria dignidade da pessoa humana, este argumento não poderia ser usado como motivo para a punição de um suicídio tentado, pelas mesmas razões já expostas (ROXIN, 2006, p. 20-21).

Outrossim, a proteção de sentimentos pode ser reconhecida apenas como bem jurídico em caso de sentimentos de ameaça. Não é tarefa do Direito Penal afastar negativas emoções (*Unlustgefühle*) de seus cidadãos (ROXIN, 2006, p. 22). Como bem assinala Amelung é tarefa do Direito Penal a manutenção da coexistência humana, mas não da coexistência de sentimento humano. O convívio pacífico em uma sociedade pluralística e multicultural pressupõe a tolerância em relação a modos de comportamento, os quais contradizem os próprios valores (AMELUNG, 1972, p. 347).

O convívio pacífico e livre pressupõe que os indivíduos não temem ou não se sintam discriminados pelos seus semelhantes. Nesse caso, poder-se-ia falar em lesão ao indivíduo. Por isso que, corretamente, existe o crime contra a honra. Da mesma forma é crime o insulto contra crenças religiosas, de visão de mundo e credo, previsto no § 166 do StGB, bem como no ordenamento jurídico brasileiro temos os crimes contra o sentimento religioso. Não se trata aqui da defesa de sentimentos indesejados; vivemos em um Estado onde nos são impostas penas caso pratiquemos ilícitos penais, e se o insulto à religião ou ao credo não for passível de sanção, abre-se a possibilidade de que o exercício da liberdade de crença e credo seja lesionado mediante

intimidação e discriminação, violando o Art. 4 da GG (Constituição Federal alemã) (ROXIN, 2006, p. 22-23). Semelhante ao tipo penal do § 166 do código penal alemão é o artigo 208 do código penal brasileiro.

Uma outra situação na qual não se legitima a imposição de pena é a autolesão mediante facilitação e apoio. Muitas pessoas se lesionam, seja mediante o hábito alimentar, mediante o fumo de cigarros, mediante a condução rápida de carros ou até mesmo mediante o exercício de modalidades de esportes arriscados. Esses modos de comportamento e também o seu estímulo mediante outros não são objeto legítimo do Direito Penal. É tarefa apenas do Direito Penal evitar que alguém seja lesionado contra a sua vontade. O que acontece com a vontade do lesionado, não é lesão ao bem jurídico, e sim elemento de sua própria realização e não passível de intervenção estatal. Aqui podemos citar como exemplo a posse de drogas para consumo pessoal. Quando um adulto possui uma pequena quantidade de haxixe para consumo pessoal, aqui ele não causa lesão a ninguém mais do que a si próprio. Não há que se falar, nesse caso, em lesão a um bem jurídico, de modo que a autorização de uma punição pode ser com bons motivos rejeitada, sob pena da implementação de um paternalismo estatal (ROXIN, 2006, p. 23-24).

Da mesma forma não é possível se falar em lesão a bens jurídicos no âmbito das normas penais simbólicas, que constituiriam, assim, um próprio Direito Penal simbólico. Conceitua-se esse termo como sendo dispositivos penais, os quais, em um primeiro momento, não promovem efeitos de proteção concretos, na verdade são prejudiciais à auto-constituição de grupos políticos ou de visão de mundo, mediante a profanação de valores determinados ou a rejeição relutante de posições firmadas. Muitas vezes o único objetivo é acalmar o eleitor, criando a impressão de querer combater acontecimentos e ações indesejáveis, devendo-se, para tanto, fazê-lo através de leis previsivelmente ineficazes. A respeito disso, pode ser citado o § 130 do código penal alemão, no qual pune-se a incitação ao ódio (ROXIN, 2006, p. 25).

Uma outra situação na qual não há lesão a bens jurídicos é a incriminação de tabus. Comportamentos que violem esses tabus são vistos pela sociedade como inaceitáveis, porém não existe, em verdade, necessidade de proteção de um determinado bem jurídico. Um caso típico é o incesto: o sexo entre parentes viola, em um círculo cultural, há tempos, um tabu, mas o que é violado efetivamente, desde que a relação seja consentida e sem nenhum vício, não é um bem jurídico.

Por último, objetos de proteção de abstração não palpável não são bens jurídicos. Não seria legítimo considerar algo abstratamente como bem jurídico. Isso é válido sobretudo para o já citado bem jurídico saúde pública. Pelo fato de o público não possuir um corpo real, não pode haver no sentido estrito da palavra a saúde pública. Portanto, no que diz respeito à proteção de um bem jurídico ficto, não se pode impor uma sanção penal. Na realidade, só é possível ser pensado na saúde de determinados membros da sociedade. Porém, isso só pode ser levado em consideração caso seja considerado os pontos de vista da não punição da autolesão. Um motivo para a punição adicional não pode ser extraído da proteção da saúde pública (ROXIN, 2006, p. 28).

Um outro bem jurídico que merece um melhor esclarecimento é a paz pública. Frise-

se, entretanto, que todas as sanções penais aplicadas pelas práticas de lesão corporal, furto etc. protegem a paz pública, pois ações concretas e constantes realizadas contra a integridade, patrimônio ou vida de outrem, por exemplo, geram um dano à paz pública. A grande questão se refere a tipos penais criados sob o pretexto de haver perturbação da paz pública, pois ou houve um perigo para a coexistência pacífica ou para a liberdade de crença dos cidadãos, como é o caso do crime de insulto da liberdade de crença, ou não existe esse perigo, como é o caso da opinião aqui defendida do crime de mentira de Auschwitz. Portanto, não se pode justificar a punição apenas com referência à paz pública (ROXIN, 2006, p. 28-29).

2 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O desenvolvimento da doutrina da adequação social como uma figura dogmático-penal independente é unanimemente atribuído a Hans Welzel (EXNER, 2011, p. 59). Para o finalista, o tipo penal descreve um modelo de conduta proibida que, por um lado, tem um caráter social referido a vida social e, por outro lado, violadora de uma vida social ordenada, o que demonstra a natureza histórica e social dos tipos penais. As ações socialmente adequadas são todas as atividades, nas quais a vida social ocorre de acordo com a ordem historicamente condicionada (WELZEL, 1939, p. 517). A viagem de trem é uma ação socialmente adequada, um conselho também é uma ação socialmente adequada (WELZEL, 1939, p. 517). Nesse sentido, o seguinte exemplo: o sobrinho convence o tio para que este viaje de trem, com a intenção de que ocorra um acidente, de modo que ele possa receber a herança. O acidente, de fato, ocorre (WELZEL, 1939, p. 517). Esse exemplo não tem nada a ver com a causalidade tampouco com o dolo, mas, sim, com a importância social da ação, a qual nós designamos como adequação social. Não se trata aqui de ilicitude, a qual só é requisitada caso a adequação social seja superada (WELZEL, 1939, p. 517). É importante destacar que o autor defende que condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, contudo não são ilícitas por se manterem dentro do espectro da liberdade de ação social. Para materializar a afirmação, o autor considera que se um dos cônjuges abandona o casamento mesmo sabendo que o outro consorte pode cometer suicídio, não poderíamos falar em ação típica, pois estaríamos na seara da conduta socialmente adequada tendo em consideração a liberdade de ação social.

Welzel (1939, p. 518) chegou a tratar um caso especial de adequação social (o risco permitido), o qual diferencia-se das ações socialmente adequadas com base no grau de perigo ao bem jurídico, como, por exemplo, nas lutas esportivas. Vale salientar que Welzel teve onze edições do seu curso de Direito Penal. Até a quarta edição do seu livro, a adequação social era tratada como causa de exclusão da tipicidade, sendo que, a partir da quarta edição até a oitava, passou a entender que a adequação social era causa de exclusão da ilicitude, após o que, voltou a ter o seu entendimento originário (EXNER, 2011, p. 61).

O princípio da adequação social pode ser utilizado como princípio regulador. Isso ocorre quando o legislador, embora o seu esforço, não conseguiu prever toda a diversidade de casos. Nesse

sentido, há situações no bojo da lei que não merecem o recebimento de pena (SCHAFFSTEIN, 1960, p. 377). Portanto, o ponto de partida para o tratamento dogmático é que nem todo comportamento conduz a um indício de injusto, ou seja, no caminho entre a figura do injusto típico para o concreto são construídas ainda uma série de filtros, os quais afinam a matéria-prima subsumível ao tipo de crime. A adequação social e a conformidade jurídica estão, desse modo, entre a figura do injusto típico e o concreto (ZIPF, 1970, p. 649). O próprio Welzel afirmava que as condutas socialmente adequadas são atípicas mesmo quando possam ser subsumidas ao tipo penal. Muñoz Conde, apesar das críticas feitas, defende que a adequação social serviria como critério limitador à amplitude da interpretação que poderia ser feita a partir do tipo penal concreto (MUÑOZ CONDE, 2010, p. 255). Diferentemente, argumenta Greco, na esteira dos precedentes do STJ, que, o crime de casa de prostituição só pode ser revogada por meio de outra lei (GRECO, 2011, p. 439). E afirma, na esteira de Nucci, que, ainda que se saiba da existência de casas de prostituição, também se sabe da existência dos atos de corrupção, de furtos e de mesmo de homicídios. Fato é que a visita ao prostíbulo não é algo que se realize às abertas, a manutenção de um bordel não é algo de que se fale publicamente, de modo que não se pode concluir que é comportamento socialmente tolerado ou mesmo aprovado (GRECO, 2011, p. 440). Esse argumento não é correto por um motivo: a prática de outros crimes, reconhecidos como tais socialmente, não autoriza automaticamente a incidência de outros. Homicídio é homicídio, mas manutenção de casa de prostituição é manutenção de casa de prostituição.

Na esteira de Schaffstein, podemos afirmar que a adequação social é um critério limitador para a própria atividade legiferante e, por conseguinte, condutas adequadas socialmente não podem ser proibidas pelo legislador (SCHAFFSTEIN, 1960, p.378). Vale salientar que não podemos falar de limites atemporais e historicamente incondicionados ao legislador, pelo contrário, o anteparo à criminalização de condutas deve variar de acordo com o contexto social, histórico e político em questão.

3 AS FINALIDADES DA PENA

A tarefa do Direito Penal já foi abordada acima. Ainda não está esclarecido, porém, como esta tarefa é realizada com os meios do Direito Penal - ameaça, imposição e execução da pena (e outras consequências jurídico-penais). Com essa pergunta ocupam-se as teorias da pena. Até hoje não há teorias que estejam em situação de responder as perguntas a respeito da função específica das sanções impostas pelo Direito Penal material e das sanções impostas e executadas pelo Processo Penal. Pelo contrário, domina-se até dias atuais discussão doutrinária sobre a finalidade da pena. Até hoje estão em contraposição as teorias absolutas e as relativas (ou da prevenção). Em relação a estas últimas existem as seguintes formas de aparição: teorias da prevenção geral e teoria da prevenção especial. Como tentativa de reconciliação entre as duas, surge a teoria mista (BAUMANN *et al.*, 2016, p. 10).

A seguir, limitar-nos-emos a analisar a teoria absoluta e as teorias gerais negativa e

positiva, tendo a vista o objeto do trabalho, o qual visa investigar se o tipo penal sob análise ainda tem “repercussão” na sociedade. Não é objeto deste trabalho, portanto, analisar a prevenção especial negativa e positiva, onde o objeto de análise é a prática futura de ilícitos penais por um determinado indivíduo.

3.1 Teoria absoluta (ou retributiva)

Em primeiro lugar deve ser dito que retribuição é um termo neutro, o qual abrange tanto benefícios quanto malefícios. Nesse sentido, esse termo recebe críticas, pois tanto pode significar elogio como também repreensão. Da mesma forma, o idioma do cotidiano conhece a retribuição em ambos os significados. No entanto, a retribuição negativa se encontra manifestamente em primeiro plano: quem diz retribuição, na dúvida pensa logo em retribuição penal. Ela não é o mesmo que vingança. A vingança é algo sempre negativo. Retribuição, ao contrário, aparece no bom e no mau sentido, devendo ser escolhida com cuidado (WALTER, 2011, p. 637).

O um dos primeiros expoentes da concepção retributiva de pena foi Kant, para quem a pena era uma exigência ética irrenunciável, sendo ela um imperativo categórico cuja incidência precípua é a pena justa, tendo que ser obedecida uma lei geral de moralidade, ou seja, a lei seria um fim em si mesma. Segundo Busato (2017, p. 1027), Kant sustentou, ainda, que deve haver pena inclusive se o Estado e a sociedade se dissolvam, para que todos sofram o que merecem dos seus atos. Ocorre que não existia, na concepção kantiana, nenhum propósito utilitarista na pena, mas sua aplicação derivaria unicamente da infringência da lei.

A pena como retribuição no sentido jurídico - excluindo-se assim qualquer sentido religioso ou moral - se fundamenta na culpabilidade do agente criminoso, significando que a pena será retribuída na exata proporção do crime cometido pelo agente, mesmo demonstrado a total dispensabilidade (utilitarismo) na sua aplicação. Ela é absoluta porque dispensa a observância de qualquer utilidade social no momento da sua imposição e medida. A culpabilidade como medida da pena é mais ampla que a culpabilidade como elemento do crime, pois devemos também levar em consideração na medição da pena a intensidade da lesão ao bem jurídico, que se demonstra maior nos crimes dolosos em relação aos delitos culposos. Isso não exclui a relação entre a culpabilidade como elemento do crime e a retribuição como finalidade da pena. A culpabilidade no seu aspecto material¹ é o elo de ligação entre a culpabilidade e a retribuição, a ponte entre a teoria do crime e a teoria da pena.

Pode ser ilustrado que as atuais abordagens retributivas não estabelecem a retribuição em termos absolutos, mas, sim, reforçam a sua necessidade. Explica-se: deve-se abrir ao autor o

¹ A discussão sobre o fundamento material da culpabilidade é extremamente profícuo na doutrina penal. Para ilustrarmos podemos citar os posicionamentos de WELZEL e ROXIN. Enquanto para Welzel o fundamento material da culpabilidade seria o poder agir de forma diversa, o que caminha no sentido da afirmação da liberdade de escolha do agente, Roxin critica arduamente a indemonstrabilidade do livre arbítrio - por consequência a impossibilidade de sua utilização como argumentação científica que impõe a falseabilidade ou refutabilidade das suas preposições - e defende que o fundamento material da culpabilidade seria a dirigibilidade normativa, conceito com elementos normativos e empíricos, sendo, portanto, comprovável empiricamente.

caminho para a relação de reconhecimento, refletir sobre a sua responsabilidade moral, exprimir a solidariedade social com a vítima do crime, devendo esta e a sociedade controlar a necessidade de retribuição e ressaltar a conexão entre liberdade e dever cívico (BRUCKMANN, 2019, p. 117).

3.2 Teorias relativas: prevenção geral negativa e positiva

Enquanto a teoria absoluta, em seu sentido estrito, parte do pressuposto que a pena deve ser imposta como um postulado de justiça sem, no entanto, tomar como base fins de prevenção ulteriores, as teorias relativas fundamentam a pena em sua necessidade para a subsistência da sociedade. (MIR PUIG, 2003, p. 52). Como assinala Hassemer (2006, p. 268): as reflexões com relação à retribuição e à prevenção no Direito Penal devem, com base em uma experiência sólida, apontar que nosso tempo não suporta mais um Direito Penal puramente retributivo. Por consequência, a teoria da prevenção geral tem como objetivo principal provocar efeito na coletividade mediante a ameaça de pena, evitando a prática de ações delituosas futuras (prevenção geral ameaçadora), e, em segundo plano, mediante a punição de autores, nos quais a ameaça de pena fracassou, dissuadindo outros para a prática de ações criminosas futuras. O grande defensor da teoria da prevenção geral negativa foi Paul Johann Anselm Feuerbach (1775-1833), o qual foi autor da teoria da coação psicológica, ou seja, da coação psíquica, para a qual a omissão do cometimento da ação delituosa alcança-se por meio de um efeito coercitivo objetivado pelo Direito Penal (BAUMANN *et al.*, 2016, p. 10). Feuerbach afirma que o Estado é composto por uma sociedade civil organizada cuja principal função é criar as condições de existência conjunta dos homens conforme as leis de direito. Assim, toda lesão jurídica afronta o objetivo do Estado e por isso são criados instrumentos que impeçam essas lesões, os quais devem ser necessariamente coativos (FEUERBACH, 1989, p. 58-59).

O citado autor fala primeiramente na coação física, porém demonstra a sua incapacidade de, sozinha, evitar lesões jurídicas. É necessária uma outra espécie de coação ao lado da física, que se antecipe à consumação da lesão jurídica e seja eficaz mesmo quando ainda não se conhece a lesão. Assim, Feuerbach cria a coação psicológica como fundamento da prevenção geral negativa da pena (FEUERBACH, 1989, p. 60). No entanto, segundo Greco, intimidação para Feuerbach significaria não uma provocação psicológica de medo, mas, sim, a determinação de uma causa virtuosa, para que o destinatário da intimidação se comporte do modo esperado (GRECO, 2009, p. 359).

Essa coação psicológica partia do pressuposto que o crime poderia ser evitado se os males decorrentes da imposição da sanção penal forem maiores que a satisfação do impulso ao fato delituoso. Diferente de Beccaria, que também adotava a prevenção geral negativa como finalidade da pena, porém com o enfoque na aplicação - fase executiva da pena - da sanção penal como meio de evitar novos delitos, Feuerbach afirmava que a coação psicológica ocorreria primordialmente com a previsão legal e anterior ao cometimento do crime de uma pena privativa de liberdade (FEUERBACH, 1989, p. 60-61). Isso não quer dizer, como salientado pelo próprio autor, que a face

executiva da pena não tenha importância, pois é a aplicação que dá o fundamento de efetividade da previsão legal. Dessa forma, prevenção geral negativa tem como finalidade a aplicação efetiva da sanção penal, já que do contrário, a cominação ficaria oca (DONNA, 1996, p. 69).

Já teoria da prevenção geral positiva pretende buscar uma saída fora dos tradicionais fins retributivo, preventivo especial e preventivo geral negativo que não conseguiram solver suas críticas. Nessa toada, a crise da ressocialização e o impossível retorno à retribuição apontam como causas que contribuíram decisivamente para o auge da prevenção geral positiva. O desalento dos países que, em décadas precedentes, levaram à prática tratamentos ressocializadores sem resultados positivos em relação às taxas de reincidência, à elevada cifra negra de delitos que põe em questionamento o efeito de neutralização do delinquente, e a dificuldade de conciliar a ideologia do tratamento com as garantias do Estado de Direito, têm levado a doutrina penalista a buscar o fim da pena por caminhos distintos à prevenção especial. De outro lado, a via de solução não pode encontrar-se na retribuição. Em primeiro lugar, porque a evolução do Estado moderno conduz a negar que sua função possa consistir na realização de fins transcendentais ou metafísicos, e, em segundo lugar, porque base da retribuição é a culpabilidade ancorada no poder atuar de outro modo, o que se considera de impossível verificação empírica. Se neste marco só é possível atribuir à pena e ao Direito Penal fins sociais, parece que a única saída possível é a acentuação da prevenção geral como fim da pena. Porém, as críticas à intimidação - a não delimitação do *ius puniendi* e, fundamentalmente, a instrumentalização do indivíduo - não foram superadas, de modo que se impõe dotar à prevenção geral de um novo conteúdo (MANZANO, 1997).

A doutrina da prevenção geral positiva não busca intimidar o possível delinquente, mas sim afirmar por meio da pena a consciência social da norma, confirmar a vigência da norma (MIR PUIG, 1995, p. 50). Para Roxin, o aspecto positivo da prevenção geral está na busca da conservação e reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico. Com isso, a pena teria a função de demonstrar a inviolabilidade do ordenamento jurídico perante a comunidade e reforçar a confiança dos cidadãos no império do direito (ROXIN, 1997, p. 91). Essa finalidade revela três efeitos distintos porém ligados entre si: o efeito de aprendizagem, motivado sócio-pedagogicamente; o exercício da confiança do direito, que se materializa na atividade da justiça penal; e, por fim, efeito da confiança que surge quando o cidadão vê que o Direito se aplica concretamente (ROXIN, 1997, p. 91-92).

3.3 Teoria mista: a pena como retribuição e prevenção

Pelo fato de todas as abordagens em si apresentarem pontos fracos, a jurisprudência e literatura desenvolveram uma conexão entre elas: a teoria mista (WESSELS; BEULKE; SATZGER, 2019, p. 8).

Nesse sentido, o StGB não teria adotado uma daquelas teorias anteriormente citadas. Na verdade, o StGB parte do pressuposto da existência de uma teoria mista: enquanto o § 46 I 1 menciona que a culpabilidade seria um fator de mensuração da pena e, conseqüentemente, viria

à tona o pensamento da retribuição, conteria o § 46 I 2 critérios preventivo-especiais. Finalidade da punição seria a reintrodução do agente na sociedade jurídica; ele deve conviver no futuro com outras pessoas, sem praticar novos crimes. A prevenção geral tem fundamento, por exemplo, no § 47: “defesa da ordem jurídica” (WESSELS; BEULKE; SATZGER, 2019, p. 8-9).

No Brasil, o código penal também a dota a teoria mista ao determinar a aplicação da pena conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 59, CP): a reprovação explicita a ideia de retribuição da culpabilidade; a prevenção do crime engloba as modalidades de prevenção especial (neutralização e correção do autor) e de prevenção geral (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à penal criminal (SANTOS, 2008, p. 471).

4 TOMADA DE POSIÇÃO

Nós vimos que a doutrina de proteção de bem jurídico apresenta nove situações, nas quais não há que se falar em lesão ao bem jurídico. Nesse contexto, levando em conta “o bem jurídico protegido” no delito de casa de prostituição para exploração sexual, pode-se dizer que no bojo daquelas situações de objeção, existem cinco situações que falam a favor pela não existência de um bem jurídico tutelado pelo tipo penal em apreço. Analisemos uma por uma.

Como explanado no item 1, a imoralidade ou a censurabilidade ética - mesmo nos casos onde há uma forte convergência social na imoralidade da ação, como por exemplo no incesto - de um comportamento não pode justificar uma ameaça de pena, desde que os requisitos de um convívio pacífico não seja lesionado (ROXIN, 2006, p. 19). Ora, sabe-se que a sociedade na qual estamos inseridos é uma sociedade predominantemente conservadora, e, portanto, considera evidentemente a conduta descrita no tipo penal como um comportamento imoral. Isso não significa, contudo, tratar-se de uma conduta que viole bem jurídicos, isso porque, para tanto, pressupõe-se que o convívio pacífico seja lesionado. Não é possível imaginar em pleno século XXI alguém que mantenha uma casa de prostituição, participando ou não de lucros em face da atividade sexual, possa ser punido pelo simples fato de proporcionar a prática de atos sexuais entre duas ou mais pessoas, atividade que por si só é permitida pelo Direito Penal, mesmo que uma pessoa seja casada, praticando o adultério, que, diga-se de passagem, foi revogado, pelo mesmo argumento aqui exposto, como conduta criminosa pela Lei 11.106 de 2005. (BRASIL, 2005).

Uma outra situação que não está dentro do âmbito de proteção de bens jurídicos é aquela que afirma existir lesão ao bem jurídico, implementando, porém, normas penais simbólicas. (ROXIN, 2006, p. 25). No debate político-criminal, a crítica não raras vezes é feita pelo fato de o legislador se servir inadmissivelmente do Direito Penal para provocar efeitos simbólicos na sociedade. Essa crítica dirige-se, em regra, à criminalização de determinados fatos - essa criminalização careceria não apenas de fundamento material, como também violaria o Direito Penal sob o ponto de vista da sua finalidade, a qual seria a ele estranha (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2001, p. 516). Normas são criadas com o fim de mostrar à sociedade que o Estado por meio do Direito Penal está “reagindo” às ações

reprováveis, o que, no entanto, não traz nenhum resultado satisfatório, no sentido de diminuir o número de incidentes, culminando no que ficou chamado de Direito Penal simbólico (HEINRICH, 2017, p. 8). No caso do crime de casa de prostituição para exploração sexual parece tratar-se da aplicação de um Direito Penal simbólico, o qual visa, essencialmente, a profanação de valores indeterminados - o que significa concretamente a moralidade pública sexual? Quem define os seus contornos, conteúdo e limites? - ignorando a eficácia da norma.

Além disso, quando descortinamos o bem jurídico tutelado pelo crime em comento, percebemos o seu visível conteúdo moral e possivelmente religioso. Como já falamos, o direito penal tutela bens jurídicos e não ações imorais ou que afrontem dogmas religiosos. A liberdade religiosa é garantida constitucionalmente, todavia o Estado brasileiro é laico.

Ademais, argumenta-se: objetos de proteção de abstração não palpável não são bens jurídicos. Não seria legítimo considerar algo abstratamente como bem jurídico, quando, na verdade, tratar-se-ia apenas de proteção de bem jurídico individual. Isso é válido sobretudo para o já citado bem jurídico saúde pública. Pelo fato de o público não possuir um corpo real, não pode haver no sentido estrito da palavra a saúde pública. Portanto, no que diz respeito à proteção de um bem jurídico ficto, não se pode impor uma sanção penal (ROXIN, 2006, p. 28). Nessa situação de objeção à existência de bem jurídico tratada por Roxin, poderíamos incluir o suposto bem jurídico protegido pelo crime em análise. Como retratamos acima, esse bem jurídico é dotado de uma vagueza e abstração sem precedentes. Regis Prado, tentando definir o conteúdo desse bem jurídico, preconiza: aquele compreendido no especial aspecto de evitar o fomento e a proliferação de todas as formas de lenocínio (PRADO, 2010, p. 653). Além disso, percebe-se pela explicação do autor que, o *telos* da norma é evitar a prática de uma conduta futura, é dizer, do lenocínio. Disso resulta que, o crime previsto no artigo 229 seria a punição de atos preparatórios para o crime de rufianismo, o qual por si só já é duvidoso, por tratar-se de um caso de paternalismo indireto, no qual pune-se o autor, restringindo automaticamente a autonomia da “vítima”. Nesse sentido, a contradição do legislador resplandece patente, pois não criminaliza a conduta principal - prostituição - e quer evitar as acessórias - casa de prostituição e rufianismo.

Em verdade, o que ocorre aqui é o contrário, ou seja, a partir do momento em que se cria um crime de casa de prostituição para exploração sexual, está indiretamente violando a autonomia sexual da prostituta em querer realizar as atividades sexuais. Nesse sentido, não há que se falar em crime quando a própria prostituta consente para a prática da atividade sexual - mesmo quando exista um intermediário -, e muito menos quando essa fase ainda nem se iniciou.

Um outro argumento a favor da descriminalização do crime de casa prostituição para exploração sexual é o princípio da adequação social. Vimos no item 3 que esse princípio funciona como uma redução teleológica do tipo penal e, em última análise, como uma barreira ao legislador para criação de tipos penais. Como falamos anteriormente, o crime do artigo 229 remete ao código penal de 1940. Naquele contexto social e histórico é compreensível, apesar de ainda questionável, a criação da respectiva proibição - inclusive o Motel se enquadrava no tipo penal descrito. Com o passar dos anos, a adequação social da conduta, que leva em consideração - como já falamos

- o contexto histórico e social - restringiu a interpretação do tipo, apesar da manutenção intacta da redação original, e, por exemplo, o Motel deixou de ser considerado como casa onde ocorre exploração sexual - na época, para ser mais preciso, casa onde ocorre prostituição. Nesse mesmo sentido, a doutrina e a jurisprudência criaram critérios ainda mais restritivos para a adequação típica, como por exemplo, o recinto ser destinado exclusivamente à exploração sexual, o que significa dizer que se o ambiente funcionar em um turno distinto como um bar e restaurante, o fato seria atípico.

Por outro lado, nos dias atuais, caso o tipo não existisse, o princípio da adequação social sequer permitiria o legislador criar essa proibição, tendo em vista que a conduta estaria abarcada pela liberdade de ação social. No entanto, a conduta ainda está tipificada no Código Penal e não existe no horizonte próximo nenhum indício de descriminalização. Então, esse parece ser o caminho adotado pelos operadores do direito, defende-se a derrogação tácita do tipo penal. É bem verdade que a definição de adequação social é ainda uma questão controversa, sobretudo quando não são estabelecidos critérios objetivos. No entanto, isso não tira a sua legitimidade. Quando Hans Welzel define a adequação social como todas as atividades, nas quais a vida social ocorre de acordo com a ordem historicamente condicionada (1939, p. 517), ele nos remete à seguinte conclusão: o que hoje é proibido, amanhã é permitido, e vice-versa. Ou seja, a vida social é produto da história, do que a história construiu ao longo dos anos. Houve tempos que trair o cônjuge era uma atividade criminosa, hoje em dia não mais. Mas por quê? Porque a vida social é condicionada à história, ao tempo dela. Da mesma forma na Alemanha, quando se considerava a atividade sexual entre pessoas do mesmo sexo até os anos 70 como crime e, passando, em seguida, a ser uma atividade socialmente adequada.

Por outro lado, tendo em vista a completa adequação social da conduta de manter um estabelecimento onde ocorre exploração sexual, a pena não cumpriria nenhuma função. Como o nosso código penal adotou a teoria mista, a pena deve cumprir a finalidade positiva de prevenção geral, a qual sequer é afetada com a realização da conduta descrita no artigo 229. A conduta não diminui a confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, que não é afetada minimamente com ações de manutenção de estabelecimento onde ocorre prostituição, por exemplo. Na mesma esteira, como o tipo penal caiu em completo desuso, a previsão legal da pena privativa de liberdade, bem como a completa ausência de aplicação da sanção, não cumprem a função de dissuadir a população de realizar a conduta. Em um sistema funcionalista a aplicação de uma pena sem o cumprimento de nenhuma finalidade carece de legitimidade penal.

CONCLUSÕES

As condutas proibidas pelo ordenamento jurídico não são legitimadas unicamente sob a perspectiva da legalidade, argumentado-se que o tipo penal em análise ultrapassou todas as fases procedimentais previstas na legislação para a sua criação e aplicação. A dogmática penal ao longo dos últimos duzentos anos criou uma série de filtros normativos que direcionam e limitam o

legislador na confecção da matéria da proibição. Isso significa que o legislador não é completamente livre ao criar os tipos penais e precisa respeitar uma série de limitadores à sua atividade legiferante, sob pena de criar um tipo penal ilegítimo.

Nesse sentido, a resposta ao questionamento introduzido no início do trabalho, quer dizer, se o suposto bem jurídico tutelado pelo crime previsto no artigo 229 do código penal brasileiro ultrapassaria os filtros criados pela doutrina penal, só pode ser negativa. O tipo penal em comento é insustentável do ponto de vista jurídico penal, a sua criminalização vai de lancina fatalmente uma série de fundamentos essenciais do direito penal. Como demonstrado, a suposta moralidade pública sexual sequer pode ser considerado um bem jurídico penal legítimo. Apenas essa constatação seria suficiente para mantermos a resposta à pergunta de pesquisa, pois no nosso contexto político - Estado democrático de direito - não há espaço para criminalizações que não tutelem bens jurídicos.

Quando inserimos na discussão o princípio da adequação social e as finalidades da pena, a ilegitimidade do tipo se torna ainda mais ululante. A liberdade da ação social, mesmo que moralmente reprovada, não pode ser considerada criminosa. A ação de manter uma casa onde prostitutas se dirigem livremente para conseguirem trabalhar, apesar de não ser uma conduta exemplar, está abarcada pela liberdade social. A adequação social tem uma função muito importante dentro do direito penal de reinserir os tipos penais em virtude das mudanças inevitavelmente ocorridas dentro da sociedade, o que não pode deixar de ser enaltecido, principalmente porque os procedimentos para uma mudança legislativa normalmente não são dinâmicos e levam tempo. A adequação social permite uma mudança na interpretação sem necessariamente uma mudança na legislação penal, conferindo-a uma importante maleabilidade - evidentemente dentro contornos traçados pelo princípio da legalidade. Quando inserimos a discussão sobre as finalidades da pena dentro de um sistema penal politicamente orientado com base nas suas finalidades, desaparece quaisquer resquícios de dúvidas quanto à legitimidade da criminalização. A criminalização sob o ponto de vista da sua funcionalidade ou utilidade social é completamente despiciente, confirmando a hipótese levantada na introdução do trabalho.

REFERÊNCIAS

AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Athenäum, 1972.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. **Strafrecht: Allgemeiner Teil: Lehrbuch**. 12. ed. Bielefeld: Giesecking, 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de Agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º

da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.106, de 28 de Março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm#:~:text=interno%20de%20pessoas-,Art.,oito\)%20anos%2C%20e%20multa](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm#:~:text=interno%20de%20pessoas-,Art.,oito)%20anos%2C%20e%20multa). Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: HC 104467 RS**. Habeas Corpus. Constitucional. Processo Penal. Casa de Prostituição. Aplicação dos princípios da fragmentariedade e da adequação social. Impossibilidade. Conduta típica. Constrangimento não configurado. Órgão Julgador Primeira Turma. Relator: Ministra Cármen Lúcia, 8 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18381692/habeas-corpus-hc-104467-rs>. Acesso em: 12 junho 2020.

BRUCKMANN, Philipp. Sinn und Unsinn gegenwärtiger Vergeltungstheorien – überholt, hilfreich oder notwendig zur Legitimation staatlicher Strafe? **KriPoz**, Münster, p. 105-118, 2019.

BUSATO, Paulo César. **Curso de direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis. Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe. **ZStW**, Frankfurt am Main, v. 113, n. 3, p. 516-538, 2001.

DONNA, Edgardo Alberto. **Teoría del delito y de la pena**: fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996.

EISELE, Jörg; Bernd, HEINRICH. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 1. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2017.

EXNER, Thomas. **Sozialadäquanz im Strafrecht**. Berlin: Dunkler und Humblot, 2011.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires: Editora Hammurabi, 1989.

FRISTER, Helmut. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 7. ed. München: C.H.BECK, 2015.

GRECO, Luís. Casa de prostituição (Art. 229 do CP) e Direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). **IBCCRIM**, São Paulo, n. 92, p. 431-457, 2011.

GRECO, Luís. **Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie**. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Strafrecht, prävention, vergeltung**. 7. ed. Gießen: ZIS, 2006. p. 266-273.

HEFENDEHL, Roland. **Kollektive rechtsgüter im strafrecht**. Köln/Berlin/Bonn/München: Heymanns, 2002.

- HEINRICH, Bernd. Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland. **KriPoz**, Münster, n. 1, p. 4-20, 2017.
- HOFFMANN-HOLLAND, Klaus. **Strafrecht: allgemeiner Teil**. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- KASPAR, Johannes. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. 1. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015.
- MANZANO, Mercedes Pérez. Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. In: SÁNCHEZ, Silva. **Política criminal y nuevo Derecho Penal**. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, 1997. p. 73-88.
- MIR PUIG, Santiago. Función fundadora de la prevención general positiva. In: RAMÍREZ, Juan Bustos (org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995. p. 49-58.
- MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal: parte general**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.
- RENGIER, Rudolf. **Strafrecht: allgemeiner Teil**. 9. ed. München: C.H. BECK, 2017.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general. fundamentos. la estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.
- ROXIN, Claus. **Strafrecht: Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre**. 4. Auflage. München: C.H. Beck, 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich. Soziale Adäquanz. **ZStW**, Frankfurt am Main, p. 369-396, 1960.
- WALTER, Tonio. Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik. **ZIS**, Gießen, p. 636-647, 2011.
- WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. **NStW**, Frankfurt am Main, p. 491-566, 1939.
- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. **Strafrecht: Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau**. 49. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2019.
- ZIPF, Heinz. Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht. **ZStW**, Frankfurt am Main, p. 633-664, 1970.

Como citar: CALIXTO, Renato Kramer da Fonseca; SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. A insustentabilidade do delito de casa de prostituição no Direito Penal brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 202-220, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 202. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 18/11/2019.

Aprovado em: 18/09/2020.

A ILEGALIDADE E A IMPROBIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

ILLEGALITY AND IMPROBITY OF ADMINISTRATIVE ACTS IN THE PUBLIC POLICIES

Fabiana de Paula Lima Isaac Mattaraia*
Juvêncio Borges Silva**
Luiz Eugênio Scarpino Junior***

*Mestranda pelo Programa de Mestrado da Universidade de Ribeirão Preto/SP (bolsista CAPES); Especialista em Direito Empresarial pelo Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw SP e Graduada pela Universidade de Ribeirão Preto/SP. Professora de Direito Societário pelo IPEBJ e de Processo Civil no EBJUR.E-mail: fabianaplisaac@gmail.com

**Pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2010), Doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho - UNESP (2005), Mestre em Sociologia pela Universidade de Campinas - UNICAMP (2000), Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (1997), Graduado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos - FAFIPA (1992), Especialização em Didática e Planejamento do Ensino Superior pela Faculdade de Filosofia de Passos - FAFIPA (1992). É docente titular da Associação de Ensino de Ribeirão Preto e do Centro Educacional Hyarte - ML Ltda. É docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. E-mail: juvencioborges@gmail.com

***Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania (UNAERP). Pós graduado "lato sensu" em Gerente de Cidades (FAAP), Direito Eleitoral e (UNISUL) e Gestão Jurídica de Empresas (UNESP). É Coordenador de Área - Região 10 - da Escola Superior da Advocacia. Professor na Universidade de Ribeirão Preto. E-mail: luizscarpino@gmail.com

Como citar: MATTARAIA, Fabiana de Paula Lima Isaac; SILVA, Juvêncio Borges; SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugênio. A ilegalidade e a improbidade de atos administrativos na execução de políticas públicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 221-237, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 221. ISSN: 1980-511X.

Resumo: A Constituição Federal atual dispõe que os direitos sociais são concretizados através de políticas públicas, impondo importante olhar para verificação de sua implementação de forma efetiva, além de questionamentos de como têm sido tratados os atos ilegais e os ímprobos administrativos. Dentro dessa problemática, este trabalho apresenta a análise de exemplos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Estaduais, sendo evidenciado que, estando presente o elemento subjetivo, haverá a qualificação do ato como ímprobo, bem como o combate às condutas dessa natureza, em proteção à eficiente implementação das políticas públicas, através da Lei de Improbidade Administrativa. De outro vértice, quando considerados ilegalidades tais atos, estes serão submetidos aos processos administrativos pertinentes, no sentido de que não lhes sejam atribuídas sanções desproporcionais.

Palavras-chave: Ato ímprobo. Ato ilegal. Políticas públicas.

Abstract: The current Federal Constitution determines that social rights are to be guaranteed with the implementation of public policies. Therefore, it is important to analyze if they are implemented effectively, in addition to questioning how illegal acts and administrative malpractice are treated. From this problem, this paper analyzes jurisprudential cases from the Brazilian Superior Court of Justice and State Courts. This paper concludes that if there is a subjective element, the act will be classified as ungodly. Furthermore, if the law of administrative improbity is used appropriately, it will be efficient in combating these types of acts. From another viewpoint, when these acts

are considered illegal, they will be submitted to administrative analysis, in the sense that they will not be attributed disproportionate sanctions.

Keywords: Impossible acts. Illegal acts. Public policy.

INTRODUÇÃO

As políticas públicas representam verdadeira forma/veículo de concretização dos direitos humanos, em particular dos direitos sociais. A atual Constituição Federal determina em seus artigos 6º e 7º os direitos sociais, os quais, para serem efetivados, necessitam de leis e políticas sociais que os garantam.

São diversos seus exemplos, como a Lei 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para todos (ProUni), Programa Bolsa Família, Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC), dentre tantos outros em diversos ramos.

Para fins deste artigo, portanto, entende-se por políticas públicas, os programas de ação governamental para efetivação dos direitos constitucionais.

Diante deste importante papel a que se prestam as políticas públicas, surgem indagações de como o Poder Judiciário tem punido atos ilegais neste âmbito, se os tem considerado como verdadeiros atos de improbidade administrativa, dentro dos requisitos da Lei nº. 8.429 de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), especialmente no tocante aos dispositivos dos artigos 9º, 10º e 11º, os quais, estabelecem os elementos subjetivos, quais sejam, dolo ou culpa, ambos revestidos da imprescindível má-fé, para necessária configuração dos atos como ímprobos.

E tal porque não é qualquer ilegalidade que será considerada como improbidade, no sentido de que as punições possam ser coerentes com a gravidade dos atos cometidos.

Neste sentido, quais seriam os atos praticados dentro das políticas públicas que não tem sido considerados como improbidade administrativa? E ainda, quais as consequências do não enquadramento na LIA?

São questões de extrema relevância, diante da missão honrosa constitucional que as políticas públicas intentam cumprir, que é a própria concreção dos direitos fundamentais.

Além disso, são situações que fazem com que nosso olhar se volte ao Poder Judiciário, que atualmente tem sido o verdadeiro protagonista diante das omissões dos demais poderes, inclusive quando da não efetividade das políticas públicas.

O presente artigo, portanto, pretende expor, de que forma são analisados os atos de má gestão dentro do âmbito das políticas públicas, com foco em quais os requisitos têm sido analisados pelo Poder Judiciário para configuração de tais atos como de improbidade e não somente ilegalidade, bem como suas punições.

Nesta linha, utilizando-se da pesquisa teórica, o trabalho foi desenvolvido, em um primeiro momento, nos aspectos conceituais do ato de improbidade dentro da seara das políticas públicas; seguindo-se à análise de alguns exemplos práticos em que foram considerados como atos de improbidade as ilegalidades cometidas por agentes públicos nas implementação das políticas públicas. Aplicou-se o método de abordagem dedutivo, utilizando-se ainda entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

1 ATOS DE IMPROBIDADE NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Fábio Medina Osório (2018, p. 154) entende que o setor público abrigado na LGIA é bastante amplo, sendo que, estamos ante uma Lei Geral do setor público. Ele entende que houver dinheiro público, bem como a presença de organizações públicas *lato sensu*, poderá incidir a LGIA.

Destaca-se que, conforme mencionam, Patrícia Maria Seger de Camargo, Celmar Corrêa de Oliveira (2018, p. 61), a respeito da característica da Lei de Improbidade Administrativa, esta norma cria “[...] um espaço de autodisciplina no campo ético, servindo como ferramenta educativa aos agentes públicos no exercício de suas atividades.” Portanto, a Lei de Improbidade Administrativa tem função educativa, sendo ampla e abrangente em relação a sua incidência.

Pimenta e Batisti (2015, p. 6), ao expor a respeito de quem responde de acordo com o disposto pela Lei de Improbidade Administrativa, mencionam que:

A partir da edição da Lei de Improbidade Administrativa, é possível extrair um conceito mais abrangente de agente público para fins de responsabilização por atos de improbidade administrativa. Ou seja, pode-se dizer que qualquer agente público que de alguma forma se relaciona com o Poder Público, gerindo recursos ou trabalhando com os interesses da Administração Pública, pode ser sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa.

Dentro do contexto das políticas públicas, portanto, é possível verificar que os agentes públicos envolvidos possam responder por seus atos, dentro da perspectiva da improbidade administrativa, afora outras consequências, como da esfera criminal.

Até porque, sendo as políticas públicas garantidoras, desde que eficientemente, dos direitos constitucionais, conforme visto, trata-se de investigar e punir agentes que estejam obstaculizando a concreção da própria Constituição Federal.

Lenio Streck (2014, p. 66) destaca o papel atual, como protagonista do Estado Democrático de Direito, do Poder Judiciário. Ele pontua que ante à ausência do cumprimento da Constituição pela omissão dos Poderes Públicos, os quais, não realizam as devidas políticas públicas determinadas pela mesma, o Poder Judiciário tem ordenado que estas o sejam, de forma coercitiva. Este autor citou como exemplo, a decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público na Comarca de Joinville (SC) em que foi determinado à Municipalidade a criação de 2.948 vagas de ensino fundamental na rede pública de ensino, porque a municipalidade simplesmente preferiu colocar a elevada verba em favor de um clube de futebol.

Ou seja, o Judiciário, neste caso, exerceu o controle de má gestão municipal, no sentido de garantir a efetividade da política pública relacionada à educação naquela região.

Importante avaliar, também, outros exemplos de intervenção do Poder Judiciário, a punir atos de improbidade administrativa no âmbito das Políticas Públicas.

Observa-se, para análise de outra situação concreta, a conduta do Diretor Geral da Uningá – Centro Universitário, que em agosto de 2018, entendida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª

Região (proc. 5004106-83.2015.4.04.7003) como ato de improbidade administrativa, envolvendo uma estudante de Medicina e a sua genitora, diretora de legislação da dita Universidade, em virtude de ter sido beneficiada de bolsa integral e de bolsa permanência. Na condenação foi determinada a perda da função pública delegada pela União, suspensão dos direitos políticos por cinco anos, a contar do trânsito em julgado da sentença, e determinação ao ressarcimento integral do dano causado ao erário, correspondente aos valores pagos a título de Bolsa de Permanência.

Outra situação de condenação de improbidade nesta seara, que pode ser mencionado como exemplo é referente à Apelação Cível 0004922-36.2007.4.03.6106 do Tribunal Regional da Terceira Região, em relação à fraude no programa Bolsa Família, com a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. RETENÇÃO DE CARTÕES BOLSA ESCOLA/BOLSA FAMÍLIA. RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO INDEVIDAMENTE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS.

[...]

II. Com o objetivo de punir o agente público corrupto e desonesto, nos termos da L. 8.429/92, impõe-se a constatação, conjunta, de que a prática do ato de improbidade foi consciente, decorrente de conduta antijurídica, associada ao dolo e à má-fé. Precedentes do STJ.

III. A partir do conjunto probatório dos autos, detalhadamente apurado e cotejado, **resta efetivamente configurada a prática dos atos de improbidade discriminados na peça inaugural, pois, valendo-se de sua atividade funcional, inseriu elementos falsos no cadastro do programa Bolsa Escola, obtendo ilegalmente o benefício, bem como teve acesso aos cartões e senhas de beneficiários e sacou os valores a eles pertencentes. As referidas condutas foram enquadradas no artigo 10, VII, X e XI e no artigo 11, inciso I e II, ambos da Lei nº 8.429/92.** (BRASIL, 1992, grifo nosso).

IV. Face à comprovação das condutas, está configurada a prática de atos de improbidade administrativas, pelo que deve incidir as penalidades insculpidas no artigo 12, inciso II, III, da Lei nº 8.429/92.

V. Assim, mantenho a sentença quanto à condenação de devolução dos valores recebidos indevidamente e a perda do cargo, pelo que deve ser desprovida a apelação da ré, dando-se parcial provimento à apelação do autor e à remessa oficial para determinar a condenação de multa civil no montante de R\$ 2.400,00; a suspensão dos direitos políticos por cinco anos (artigo 12, inciso III, da LIA) e proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direto ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de cinco anos (artigo 12, inciso II, da Lia); [...] (Apelação Cível 0004922-36.2007.4.03.6106 do Tribunal Regional da Terceira Região) (BRASIL, 2014b).

Neste caso prático, o elemento subjetivo do dolo foi evidenciado a partir da conduta descrita e comprovada de que, o agente público, valendo-se de sua atividade funcional, inseriu elementos falsos no cadastro do programa Bolsa Escola, obtendo ilegalmente o benefício, bem

como teve acesso aos cartões e senhas de beneficiários e sacou os valores a eles pertencentes.

A punição aplicada trata-se da devolução dos valores recebidos indevidamente e a perda do cargo, a suspensão dos direitos políticos por cinco anos (artigo 12, inciso III, da LIA) e proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direto ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de cinco anos (artigo 12, inciso II, da LIA).

Observa-se outro exemplo de improbidade do mesmo programa governamental, Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra Gilberto Álvaro Pimpinatti e Dagmar Ricco Santelli por ato de improbidade administrativa em decorrência das irregularidades nos programas habitacionais do Município de Naviraí, com base em reclamações apresentadas a respeito da inobservância de critérios legalmente estipulados e na falta de informações conclusivas e exaurientes sobre a doação de terrenos pelo município, incluindo-se a utilização indevida de recursos oriundos da Câmara de Vereadores. A participação do Chefe de Gabinete do Prefeito no ato de improbidade administrativa ficou evidenciado nos autos, tendo em vista que encaminhava bilhetes com a indicação de pessoas para serem contempladas com a doação de casas ou terrenos, tendo violado o princípio da legalidade, tendo agido de modo “[...] consciente e por certo sabiam que estavam desobedecendo a lei, embora neguem tal fato [...]” (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 493.969/MS). (BRASIL, 2014a).

A demanda foi julgada parcialmente procedente para condená-los à suspensão dos direitos políticos por cinco anos; à perda da função pública e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos; e a multa no importe de 10 (dez) vezes o valor da remuneração percebida por eles.

Ou seja, tais casos concretos utilizados como exemplo do tema ora discutido trazem em seu contexto exatamente o que é necessário para a configuração da conduta como improbidade administrativa, já que demonstram que o agente público no exercício de suas funções, atuou com falta de probidade, tendo sido gravemente desonesto.

Em outro giro, podemos verificara hipótese do intoleravelmente incompetente, incapaz de administrar a coisa pública ou de exercer suas competências funcionais, como no caso do acórdão do Recurso Especial nº 1.404.895 - CE (2013/0316829-6), em que houve a configuração dos elementos caracterizadores do ato de improbidade administrativa, já que deste resultou duplo prejuízo ao erário: a malversação do dinheiro público efetivamente recebido pelo Município de Canindé e a necessidade de nova despesa aos cofres públicos para o término da obra. O mencionado acórdão considerou que:

[...] além de que, o descumprimento do Convênio, nos termos do contexto demonstrado em linhas passadas, revela a postura no mínimo negligente do agente público em relação ao trato com o erário, de sorte que a imputação da sua conduta no art. 10, XI, da Lei nº 8.429/92 afigurou-se escorregia. (Recurso Especial nº 1.404.895 - CE 2013/0316829-6) (BRASIL, 2018a, p. 2).

Tais hipóteses: “gravemente desonesto” ou “intoleravelmente incompetente”, são expressões mencionadas por Osório (2018, p. 115) aos agentes públicos que respondem por improbidade administrativa.

Isso porque, não será toda e qualquer ilegalidade, praticada por agente público, que incorrerá em improbidade administrativa, sendo necessária a análise do elemento subjetivo e configuração deste para que se operem as sanções cabíveis.

Conforme trabalho desenvolvido pelo Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado Federal (PROLA JUNIOR; TABAK; AGUIAR, 2015, p. 33), nosso ordenamento considera atos de improbidade administrativa não apenas a desonestidade e a má-fé, mas também as práticas temerárias no trato da coisa pública, como a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais, ausência de planejamento orçamentário público, incidindo em desperdício de recursos e obras inacabadas; ausência na prestação de contas, violação de normas de transparência e de responsabilidade na gestão fiscal, concluindo, portanto, que a Constituição Federal e a Lei de Improbidade Administrativa não têm como intenção punir apenas o administrador desonesto, mas também o inábil, o despreparado, o incompetente e o desastrado, já que considera-se a gestão pública temerária hipótese de improbidade administrativa.

1.1 Atos de Ilegalidade nas Políticas Públicas

Para que o processo de responsabilização por improbidade administrativa seja realizado, necessário investigar os seus requisitos necessários para tipificação da conduta que visa ser punida com as sanções respectivas, pois, sem esta, haverá a mera ilegalidade. Kemp (2014, p. 5) também dispôs em seu trabalho no mesmo sentido, ao dizer que não é suficiente para configurar o ato de improbidade a irregularidade ou ilegalidade do ato.

Osório (2018, p. 154) expõe que, tal como ocorre com a desonestidade e a falta de parcialidade, a ineficiência do gestor público também abre uma gama de situações que, gravemente ocorridas, comportarão remédios e medidas enérgicas, através do processo de valoração, no qual será avaliado se tal situação ensejará em ato de improbidade ou não: “Daí por que também resulta possível e imperioso anotar: a violência da eficiência, por si só, não garante enquadramento nas malhas da LGIA” (OSÓRIO, 2018, p. 154).

Mesmo quando houver a prática de ato ilegal com relação à Administração Pública, é necessário, para enquadramento da Lei de Improbidade Administrativa, a demonstração do elemento subjetivo, que pode ser dolo ou culpa, sob pena de ter ocorrido mera ilegalidade e não ato de improbidade administrativa.

É imprescindível, neste aspecto, a busca da demonstração da intenção do agente. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2019, p. 1040) comenta que inclusive, que a pesquisa do elemento subjetivo do agente é coerente com a gravidade e severidade das sanções aplicáveis pela

Lei de Improbidade Administrativa, como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública: “A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins”.

Assim como no Direito Penal, para que o ato seja considerado ímprobo, há o processo de adequação típica, e a respeito dessa exigência, comenta Osório (2018, p. 253):

Trata-se de exigência que se estende para além dos domínios penais, perpassando todo o campo punitivo, inclusive o direito administrativo sancionador, por força do devido processo legal e da legalidade que embasam o Estado Democrático de Direito. Em especial, os atos ímprobos demandam esse requisito estrutural, eis que se submetem ao regime jurídico do direito administrativo sancionador. Um ato ímprobo é, por definição, típico. O tipo expressa o modelo de conduta proibida.

O mesmo autor comenta que dentro do processo de adequação típica do ato ímprobo está a averiguação do dolo e da culpa, concluindo que, só haverá improbidade administrativa quando estiver presente o dolo ou a culpa grave, visto que tanto a corrupção pública quanto a grave desonestidade funcional pressupõem conduta dolosa, enquanto a grave ineficiência funcional pressupõe culpa grave, “motivo pelo qual aparece seu caráter de insuportabilidade, a tal ponto que se fazem necessárias, geralmente, a exclusão do agente de seu setor público e a suspensão de seus direitos políticos (art. 37, §4º, da CF), como regra” (OSÓRIO, 2018 p. 254).

Diante de tais conceituações, na busca pela demonstração da intenção do agente, para que seja realizada a tipificação do ato de improbidade cometido, imprescindível a análise da existência de dolo ou culpa do agente transgressor, podendo este ser o agente público ou terceiro.

Osório (2018, p. 255) comenta que o dolo, que este chama de “dolo administrativo”, não poderia ser confundido com o simples desejo de enriquecimento ilícito, por exemplo, no tocante ao artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, sendo apenas uma consequência de todos os elementos factuais e jurídicos abrangidos na conduta proibida.

Este, cita como exemplo, para compreender o complexo conceito de tal elemento subjetivo, um agente público que, ao manejar normas punitivas, descumpra regras para castigar supostos transgressores. Menciona funcionários bem-intencionados, em sua perspectiva de valores, mas que adotam posturas agressivas tendo como pretexto, salvaguardar interesses públicos.

Ou seja, não se trata de mero dolo vinculado ao desejo de enriquecer-se ilícitamente (ou somente neste sentido), mas de dolo, conforme denomina o referido doutrinador, “mais sutil, sofisticado, delineando posturas autoritárias, prepotentes, vingativas, rancorosas ou simplesmente estúpidas” (OSÓRIO, 2018, p. 256).

Para concretamente demonstrar o que define o dito autor, citou julgado do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1133522/RN (2009/0065469-4), de 07 de junho de 2011 (BRASIL, 2011b), que tratou de recurso de demanda, que na origem, é Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte em face de juiz de direito e outro, pela suposta prática de atos de improbidade administrativa, decorrente de esquema paralelo e secreto

de interceptações telefônicas.

Em referido caso, o ato a ser reprimido trata de conduta, deformada em justificativa constitucional, agredindo, na realidade, os direitos fundamentais da pessoa humana, pelo abuso de poder.

Daí, fica claro que o elemento subjetivo do dolo não se trata daquele que somente desatina do rol de incisos dos artigos 9º, 10º e 11º da Lei de Improbidade Administrativa, podendo estar além, como a conduta eivada de desvio de finalidade, a qual emana de agente público que pressupõe estar a favor de suas funções, no entanto, transgredindo valores fundamentais, por abuso de autoridade.

Em relação ao elemento subjetivo da culpa, esta decorre da violação de normas de cuidado, dever de cautela por parte do agente transgressor. Porém, conforme já exposto anteriormente, ante o elevado grau sancionador da norma civil em espécie, não pode ser culpa leve, mas deve ser culpa grave, uma culpa consciente de que o agente poderia prever o resultado, mas não o impediu.

Para exemplo de ato ímprobo típico por culpa do agente público, observa-se o acórdão do Recurso Especial nº 1.404.895 - CE (2013/0316829-6) do Superior Tribunal de Justiça, de 15 de junho de 2018, no qual se analisou a incidência do artigo 10º, XI (“XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;”) da Lei de Improbidade Administrativa. Por meio do referido julgado foi mencionado que houve a configuração dos elementos caracterizadores do ato de improbidade administrativa, já que deste resultou duplo prejuízo ao erário: a malversação do dinheiro público efetivamente recebido pelo Município de Canindé e a necessidade de nova despesa aos cofres públicos para o término da obra, além de que o:

[...] descumprimento do Convênio, nos termos do contexto demonstrado em linhas passadas, revela a postura no mínimo negligente do agente público em relação ao trato com o erário, de sorte que a imputação da sua conduta no art. 10, XI, da Lei nº 8.429/92 afigurou-se escorreita. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.404.895 – CE) (BRASIL, 2018a).

Dessa forma, o dolo e a culpa são elementos subjetivos sem os quais, ante a severidade das punições da Lei de Improbidade Administrativa, não se tipifica o ato como ímprobo, mas como ilegal tão-somente, não se submetido às penalidades legais respectivas do mencionado Diploma Legal.

Evidentemente, portanto, que, no âmbito da implementação das políticas públicas, se verificadas condutas cometidas contra os princípios da Administração Pública, com desvio de finalidade, objetivando enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, e que estejam devidamente configuradas com os elementos subjetivos respectivos de dolo ou culpa, necessário que tais sejam punidas à luz da Lei 8.429/92.

Para exemplificação de atos realizados na seara das políticas públicas, considerados mera ilegalidades, os quais, não foram punidos conforme a sistemática da Lei de Improbidade Administrativa, observa-se o caso da ausência na prestação de contas das verbas provenientes de

convênio (Programa Brasil Alfabetizado - BRALF/2009) firmado entre o Município de Serra do Mel/RN e o FNDE (TRF5. Processo: 08000180920124058401) (BRASIL, 2015).

Não obstante realmente tenha sido constatada a omissão no dever de prestação de contas, observou-se que, ao protocolar sua defesa preliminar, o ex-Prefeito acusado demonstrou que o fez, porém, de forma tardia. No acórdão restou considerado que deveria distinguir-se conduta ilegal da conduta ímproba, devendo ser demonstrado o intuito de agir com desonestidade, malícia ou dolo. Assim, determinou-se que: “Na espécie, tratou-se de condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, tendo em vista a ausência de má-fé do administrador público.” (TRF5, Processo: 08000180920124058401) (BRASIL, 2015).

Assim, neste exemplo, foi apurado que a conduta se tratou de irregularidade, a ser corrigida com correção administrativa.

Neste sentido, Odasir Piacini Neto (2017, p. 2) explica que as irregularidades funcionais possuem meio próprio para ser apuradas, como as sindicâncias e processos administrativos disciplinares, a exemplo do que dispõe o regime jurídico único dos servidores públicos da União, Lei 8.112/1990 (artigos 143-182), demonstrando que não são todos esses atos que podem ser equiparados a atos de improbidade, em crítica ao que ocorre nos dias atuais.

Outro exemplo de mera ilegalidade na seara das políticas públicas, é o caso da Ação Civil Pública que tratou de irregularidade cometidas no âmbito do programa do seguro-desemprego no Estado de Alagoas.

As irregularidades apontadas foram a de inexistência de licitação para aquisição de materiais e contratação de serviços publicitários, pagamentos fora dos prazos consignados no plano de trabalho, prestação de contas fora do prazo, ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias dos prestadores de serviços) no âmbito dos Convênios SPPE/MTE nº 007/2003 e 034/2003, que previam a transferência voluntária, pela União, da quantia de R\$ 487.219,35 (quatrocentos e oitenta e sete mil, duzentos e dezenove reais e trinta e cinco centavos) mais R\$ 683.600,71 (seiscentos e oitenta e três mil, seiscentos reais e setenta e um centavos), ao tempo em que previa uma contrapartida de R\$ 400.224,43 (quatrocentos mil, duzentos e vinte e quatro reais e quarenta e três centavos), com a finalidade de executar o programa de seguro-desemprego por intermédio do Sistema Nacional de Emprego - SINE, compreendendo a manutenção de postos de atendimento, visando a inserção no mercado de trabalho.

Decidiu-se que o objetivo do convênio foi atingido, não havendo provas específicas quanto ao dano.

Pelo acórdão entendeu-se que não houve indícios de desídia do administrador na gestão dos recursos, tendo sido as contas prestadas, aprovadas, sendo reconhecido que as metas do convênio foram alcançadas (BRASIL, 2014c).

Em relação à desonestidade do agente público, se esta enquadra como ato de improbidade ou ilegalidade, assim decidiu o STJ, no Recurso Especial nº 1.038.777/SP, com relatoria do Ministro Luiz Fux, por votação unânime, julgado em 03/02/2011:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO. ESPECIALIZAÇÃO NOTÓRIA. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DOS DEMANDADOS. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À 9 CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. (BRASIL, 2011a).

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: (a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

3. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposos (artigo 10, da Lei 8.429/92).

4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. Precedentes do STJ: REsp 805.080/SP, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/08/2009; REsp 939142/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/04/2008; Resp 678.115/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/11/2007; REsp 285.305/DF, PRIMEIRA TURMA; DJ 10 13/12/2007; e REsp 714.935/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 08/05/2006. (BRASIL, 2011a).

[...]

7. In casu, a ausência de má-fé dos demandados (elemento subjetivo) coadjuvada pela inexistência de dano ao patrimônio público, uma vez que o pagamento da quantia de R\$ 49.820,08 (quarenta e nove mil, oitocentos e vinte reais, oito centavos) se deu à luz da efetiva prestação dos serviços pela empresa contratada (fl. 947), revelando error in iudicando a análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo.

8. Dessarte, a natureza dos serviços exigidos, máxime em pequenos municípios, indicam, no plano da presunção juris tantum que a especialização seria notória, não obstante o julgamento realizado sem a realização das provas requeridas pela parte demandada.

9. As sanções da improbidade administrativa reclamam a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, e sua aplicação deve se realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares.

10. Recurso Especial provido. (STJ, no Recurso Especial nº 1.038.777/SP) (BRASIL, 2011a).

Portanto, se vê que, para o agente ser condenado nas penas da lei de improbidade administrativa haverá de estar inequivocamente demonstrado o seu dolo, a sua má-fé e o prejuízo que ensejou ao erário, o que, conforme se evidencia, absolutamente não ocorreram neste caso.

O v. voto do Ministro Albino Zavascki, do e. STJ, no r. acórdão supracitado (RESp nº 1.038.777) é exatamente no sentido de que não é todo ato ilegal – e no caso presente nem sequer ilegalidade ocorreu – que pode ser reputado como ato de improbidade administrativa. Vejamos:

O problema se situa justamente nisto: ainda que se admita a ilegalidade; ainda que se admita que não existisse notória especialização; ainda que se admita como verdadeira essa afirmação do Tribunal de Justiça, isso por si só seria insuficiente para impor uma sanção por improbidade, porque a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo elemento subjetivo da conduta, e essa qualificação faltou.

Quando se constata uma ilegalidade, isso por si só não gera sanção política, sanção administrativa, sanção pecuniária da improbidade.

Pode até gerar a nulidade do contrato, mas não a sanção pessoal de quem praticou o ato.

Se fosse assim, qualquer ato ilegal necessariamente acarretaria a improbidade, e não se podem confundir as coisas.

Por isso, conhecimento do recurso especial, porque é irrelevante a questão de fato de saber se havia notória especialização. Mesmo que não houvesse notória especialização, a sanção de improbidade demandaria a qualificação pelo elemento subjetivo.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso especial. (STJ, RESp nº 1.038.777 – VOTO) (BRASIL, 2011a).

Denota-se assim que a jurisprudência superior é pacífica e convergente no sentido de que sem o dolo, a má-fé, a desonestidade demonstrada, não se configura o ato de improbidade administrativa, e no caso presente não se pode afirmar, de forma alguma, que houve má-fé, desonestidade, nem muito menos locupletamento ilícito pela réu que ora contesta.

E, por outro lado, se esse e. Poder Judiciário entender que houve inabilidade dos réus, mesmo assim, não há que se falar em ato de improbidade administrativa, porque o apenas inábil não é ímprobo, mas o é, sim e apenas, o desonesto, conforme a vasta jurisprudência do e. STJ.

Prestigiando este posicionamento de que a Lei nº 8.429/92 não é direcionada ao agente público desastrado ou inábil, o mesmo e. STJ pacificou que a má-fé é a premissa do ato ímprobo, mesmo que o ato praticado seja ilegal, pois sem este liame não há improbidade:

É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Conseqüentemente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito. (STJ, Rel. Min. Luiz Fux, RESP 480387/SP). (BRASIL, 2004a, p. 163).

Desta forma, a despeito da corrente interpretativa que admite a intolerável incompetência como causa tipificadora da improbidade administrativa, os Tribunais seguem exigindo o elemento de dolo, de má-fé, entendendo que sem esta não existe nem pode existir improbidade administrativa por parte de quem quer que seja, visto que ela é o componente básico dos três tipos elencados na Lei nº 8.429/92. E tal porque, ninguém é ímprobo por acaso, nem desonesto por imperícia, nem velhaco por imprudência, nem inidôneo se não quiser sê-lo ostensiva e propositadamente.

Exemplo concreto disso é o que restou preconizado pelo julgado abaixo transcrito:

PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO. CONFIGURAÇÃO. ATRASO EXAGERADO PARA CONCLUSÃO DA OBRA. MÁ-GESTÃO. DANOS MORAIS COLETIVOS. PARCIAL PROVIMENTO. [...] 7. Certa a ocorrência de atraso na prestação de contas, não se poderia - como feito na sentença - descartar o cenário de improbidade administrativa violadora dos princípios da administração pública pelo fato de não ter havido dano ou lesão ao erário. 8. No que tange à caracterização do dolo, tem-se que o réu, à época dos fatos, era o Prefeito Municipal responsável pela correta guarda e destinação do recurso financeiro oriundo do Convênio abastecido com verba federal, sendo a correspondente prestação de contas um dever previsto no art. 70, parágrafo único, da Constituição da República, bem como decorrente da normatização contida no art. 1º, caput e p. único, da Lei 8.443/92. 9. Restou demonstrado nos autos que, em 16.09.1999, foi concedido prazo de trinta dias para que o réu apresentasse a correspondente prestação de contas. Todavia, somente em 26.12.2001, ou seja, após o decurso de cerca de dois anos e três meses, houve a exibição das contas referentes ao exercício de 1999, que em princípio nem foram aprovadas. 10. O réu, em suas defesas ao longo do processo, não justificou em nenhum momento a apresentação demasiada tardia das contas, mesmo à vista de prazo concedido. Por sinal, no seu recurso de apelação, chegou a transcrever trecho da sentença, que apontou que sua conduta não revelaria má-fé, mas sim “falta de competência administrativa”. 11. Trata-se de intolerável justificativa, ao menos no campo da prestação de contas, haja vista que esse dever, além de se originar de inquestionáveis imposições constitucional e legal, é inerente ao Estado de Direito, materializando-se em instrumento cogente de avaliação e responsabilização da ação governamental; posto isso, e considerada a natureza do cargo confiado - de Chefe do Poder Executivo - ao réu não era lícito alegar desconhecimento da norma ou, mesmo, invocar a seu favor inaptidão em relação às suas responsabilidades. **12. Logo, diante das explicações e das demais provas coligidas, não há como se acolher a tese defensiva, no sentido da inexistência de dolo ou má-fé, uma vez que, tendo plena consciência do dever de prestação de contas, a tempo e modo definidos em lei, quedou-se inerte.** (TRF da 3ª Região, AC Nº 0009061-38.2010.4.03.6102/SP, Rel. Des. Federal Diva Malerbi, D.E. 03.09) (BRASIL, 2018b, grifo nosso).

Nesse exato diapasão é esta irrepreensível lição do saudoso Hely Lopes Meirelles, atualizada por Arnoldo Wald e pelo Ministro Gilmar Mendes:

Embora haja quem defenda a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos em matéria de ação de improbidade administrativa, parece-nos que o mais acertado

é reconhecer a responsabilidade apenas na modalidade subjetiva. Nem sempre um ato ilegal será um ato ímprobo. Um agente público incompetente, atabalhoado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade, há de ser doloso ou, pelo menos, de culpa gravíssima. (MEIRELLES, 2004, 210-211, grifo nosso).

Portanto, por meio de referidas situações práticas, verificou-se que a análise é bastante particularizada em relação aos elementos que são trazidos aos autos, no sentido de não considerar como ato ímprobo toda e qualquer irregularidade administrativa, a qual, por sua vez, poderá ser coibida e apurada por meio de procedimento próprio.

Destaca-se que o olhar cauteloso para aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes públicos é imperioso para evitar punições desproporcionais com os atos cometidos. Sem embargo, necessário observar o importante papel do Poder Judiciário no sentido de analisar, evidenciar e punir os verdadeiros atos de improbidade dentro da implementação das políticas públicas.

CONCLUSÃO

Diante do teor apresentado, considerando que as políticas públicas são meios pelos quais podem ser efetivados os direitos sociais previstos em nossa Constituição, bem como, o papel de protagonista do Poder Judiciário, podemos concluir que este também desempenha outro papel: o controle da eficiência da implementação das políticas públicas, ao analisar os casos que lhes são trazidos e impedir que agentes, que pratiquem condutas ímprobos, continuem participando deste mecanismo que garante a efetivação dos próprios direitos fundamentais dos cidadãos.

No entanto, há de se ter cautela para que sejam aplicadas as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, que incumbem em perda de direitos políticos, expropriação de bens particulares, além de multas e reparações civis, proibições de contratação com o Poder Público e outras.

Isso porque, conforme pode ser observado, tais sanções são severas, e são voltadas, portanto, para atos que transcendem à mera ilegalidade. Assim, em observância ao elemento subjetivo que qualifique o ato como ímprobo, haverá o combate às condutas dessa natureza, em proteção à eficiente implementação das políticas públicas.

As ilegalidades, de outro vértice, poderão ser submetidas aos processos administrativos pertinentes, no sentido de não serem punidos com excesso de atos que não são de improbidade, a banalizar este instituto tão importante de nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, fica também aqui o apelo para que o próprio cidadão brasileiro participe mais deste controle, no sentido de estar atento e fiscalizar a efetividade das políticas públicas, por meio, por exemplo, de Ação Popular, instrumento genuíno de defesa de interesses transindividuais, que representa arma jurídica para controle, pelo cidadão, de atos lesivos aos interesses constitucionais estabelecidos.

Como exposto neste artigo, o Poder Judiciário tem sido o real como protagonista do Estado Democrático de Direito, pela omissão dos Poderes Públicos, que não estejam realizando de forma regular as políticas públicas.

Ou seja, muito dependemos da atuação incisiva do Poder Judiciário, com determinações coercitivas para que haja o efetivo cumprimento de políticas públicas, como exemplificou-se o caso de vagas de ensino fundamental na rede pública de ensino, regularização de procedimentos referentes ao Bolsa Família, dentre outras hipóteses.

Porém, esse controle da má gestão pública também deve ter o olhar criterioso da própria população, do contrário, deixar que somente o Poder Judiciário faça valer tais programas é relegar poder a quem sequer foi constituído por sufrágio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 11.096, de 13 de Janeiro de 2005**. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111096.htm. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de Dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 493.969 - MS (2014/0068794-9)**. Processual civil, constitucional e administrativo. Ação Civil pública. Improbidade administrativa. Irregularidades nos programas habitacionais. Desrespeito dos agentes públicos quanto aos critérios estabelecidos em lei municipal. Revisão. Matéria Fático-probatória. Incidência da súmula 7/stj. Relator: Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 19 de ago. 2014a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1340239&num_registro=201400687949&data=20140925&formato=PDF. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.038.777 - SP (2008/0052296-3)**. Processual civil. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Art. 10, caput, da lei 8.429/92. Contratação. Especialização notória. Ausência de dano ao Erário e de enriquecimento ilícito dos demandados. Má-fé. Elemento subjetivo. Essencial à caracterização da Improbidade administrativa. Recorrente: João Paulo Ismael. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Luiz Fux, 3 de fevereiro de 2011a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800522963&dt_publicacao=16/03/2011. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial : REsp 1133522 RN 2009/0065469-**

4 - Inteiro Teor. Administrativo e processual civil. Recurso especial. Violação do artigo 535 do cpc. Omissão não configurada. Magistrado não incluído no rol dos arts. 39 E 39-A, da Lei nº 1.079/50, alterada pela Lei nº 10.028/00. Lei de Improbidade Administrativa. Aplicável ao Caso dos autos. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carlos Adel Teixeira de Souza. Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira, 7 de junho de 2011b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21115938/recurso-especial-resp-1133522-rn-2009-0065469-4-stj/inteiro-teor-21115939>. Acesso em: 11 ago. 2020. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.404.895 - CE (2013/0316829-6)**. Recorrente : Antônio Glauber Gonçalves Monteiro. Recorrido: Fundação Nacional De Saúde – FUNASA. Relator. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, 12 de junho de 2018a: Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/A?seq=1723585&tipo=0&nreg=201303168296&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180615&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 480.387 - SP (2002/0149825-2)**. Ação de improbidade administrativa. Ausência de Má-fé do administrador público. Recorrente: Antônio de Lucca Filho. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Luiz Fux, 16 de março de 2004a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=460364&num_registro=200201498252&data=20040524&formato=PDF. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (3. Região). **Apelação Cível nº 0004922-36.2007.4.03.6106/SP 2007.61.06.004922-0/SP**. Apelante: Regina de Fatima Dourado. Apelante: Ministério Público Federal. Relatora: Desembargadora Federal Alda Basto, 6 de novembro de 2014b. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3769288>. Acesso em 08 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (3. Região). **Apelação Cível nº 0009061-38.2010.4.03.6102/SP**. Apelante: Ministério Público Federal. Apelante: João dos Reis Almeida Silva. Relatora: Desembargadora Federal Diva Malerbi, 3 de setembro de 2018b. Disponível em <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/7044272>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (5. Região). **Apelação Cível nº 503473-AL (0000098-16.2010.4.05.8000)**. Apelante: Estado de Alagoas. Apelado: Ronaldo Augusto Lessa Santos. Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado). Recife, 24 de fevereiro de 2014c. Disponível em https://www4.trf5.jus.br/data/2015/03/ESPARTA/00000981620104058000_20150305_3615305.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (5. Região). **Processo: 08000180920124058401**, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo, Primeira Turma, julgamento em 25 de maio de 2015. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2015/05/PJE/08000180920124058401_20150525_34655_40500002258199.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

CAMARGO, Pa Maria Seger de; OLIVEIRA, Celmar Corrêa de. O papel da lei de improbidade administrativa para a minimização de condutas ineficientes. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 1, p. 42-69, abr. 2018. Doi: 10.5433/1980-511X.2018v13n1p42.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

KEMP, João Paulo. A improbidade administrativa frente os princípios constitucionais da administração pública e sua efetividade perante a esfera eleitoral. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 9, n. 3, p. 179-196, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/17822>. Acesso em: 11 ago. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes; **Mandado de segurança**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PIACINI NETO. Odasir. **Sanha persecutória vulgariza conceito de improbidade administrativa**. 18 jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/odasir-neto-sanha>. Acesso em: 11 ago. 2020.

PIMENTA, Júlia Acioli; BATISTI, Nelia Edna Miranda. A aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 10, n. 3, p. 119-140, set./dez. 2015. Doi: 10.5433/1980-511X.2015v10n3p119.

PROLA JUNIOR, Carlos Humberto; TABAK, Miranda. Benjamin; AGUIAR, Júlio César de **Gestão pública temerária como hipótese de improbidade administrativa: possibilidade e efeitos na prevenção e no combate à corrupção**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado. 2015. (Texto para Discussão, nº 182). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td182>. Acesso em: 30 mar. 2020.

STRECK. Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m)crise uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Como citar: MATTARAIA, Fabiana de Paula Lima Isaac; SILVA, Juvêncio Borges; SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugênio. A ilegalidade e a improbidade de atos administrativos na execução de políticas públicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 221-237, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 221. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 12/06/2020.

Aprovado em: 19/10/2020.

RESENHAS | REVIEWS

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E CONSTITUCIONAIS DO DIREITO AMBIENTAL

COSTA, Beatriz Souza; REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. **Fundamentos filosóficos e constitucionais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Raphael de Abreu Senna Caronti¹

O referido livro foi escrito pelos Professores Beatriz Souza Costa, Émilien Vilas Boas Reis e Márcio Luís de Oliveira, docentes da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte, Minas Gerais, conta com 166 páginas divididas em três capítulos, ou seja, um capítulo para cada autor, sobre o tema constituição e meio ambiente com foco filosófico.

A parte filosófica ficou a cargo do filósofo dentre os três, Émilien, cujo primeiro capítulo ficou a seu cargo escrever. Eu adoro filosofia, então foi um capítulo muito tranquilo de ler e agradável, mas penso que se o leitor não tiver uma tolerância pela filosofia pode se tornar difícil de lê-lo e de entender.

Tal capítulo traz de forma condensada vários pensamentos de filósofos clássicos e sua relação com a disciplina do meio ambiente. Os filósofos escolhidos foram, Jurgen Habermas, Emmanuel Lévinas, Hans Jonas, John Rawls, Paul Ricouer e Axel Honneth. Esses pensamentos condensados, como foram, se tornam uma importante fonte de pesquisa para o pesquisador acerca do direito ambiental.

Já o capítulo II, escrito por Márcio Luís, possui um grande nível de complexidade e precisa de uma leitura cuidadosa e, dependendo, até de voltar a leitura para seu entendimento. Mas apesar do estudo condensado, traz uma boa noção introdutória sobre direito constitucional. Apenas penso, que poderia ter um espaço maior para exposição das noções introdutórias, haja vista a vasta história que cerca a história constitucional moderna e, a utilização de uma linguagem um pouco mais simples. Ademais, as citações utilizadas pelo autor para a exposição são ótimas, com a utilização de citações dos grandes nomes do direito constitucional.

Esse capítulo é uma boa fonte de pesquisa para textos, pois, aborda desde o constitucionalismo do pós guerras, os contextos jusfilosóficos e jurídicos do direito constitucional, inclusive com a importante conceituação das gerações de direitos a partir da terceira geração, meio ambiente incluído aqui, até a quinta dimensão de direitos fundamentais.

O terceiro capítulo, com a maior extensão do livro, escrito pela autora Beatriz Souza Costa, traz o desenvolvimentos acerca do direito constitucional ambiental, área de especialidade da autora, com uma importante conceituação acerca do direito a dignidade humana, sendo esse conceito de difícil compreensão para todos e, para tal, antes trás os pensamentos dos filósofos modernos Robert Alexy e Ronald Dworkin sobre princípios e regras, se filiando a autora ao pensamento de Dworkin, pois, segundo ela, os princípios são concorrentes, mas não estão em conflitos, não existe hierarquia entre eles e no caso da concorrência entre eles o bom senso que deve ser aplicado caso a caso.

A dignidade humana, em seguida, é trazida para Constituição do Brasil como baliza fundamental dela, para tal, passa-se pelo histórico do princípio nas Constituições no Brasil e a inclusão do meio ambiente nessa dignidade humana, assim, um meio ambiente equilibrado é forma de trazer a dignidade humana e o bem estar para a população.

A seguir, a autora traz o histórico da discussão do direito ambiental, tendo como marco inicial a Conferência de Estocolmo de 1972, perfazendo todo caminho até nossa Constituição atual de 1988. A seguir, ela passa para a interpretação do pequeno art. 225, mas que possui um conteúdo gigante condensado naquele artigo, com os pontos principais daquele artigo do meio ambiente equilibrado, o bem ambiental, na sadia qualidade de vida e na ideia de sustentabilidade.

Para fechar o capítulo, a autora traz um importante estudo sobre os princípios ambientais e a mudança de nomenclatura dos princípios e da quantidade dos mesmos, a depender do doutrinador que tenha escrito sobre isso, trazendo importante fonte de consulta com o pensamento dos mais famosos juristas ambientais sobre o tema de princípios ambientais.

Como conclusão, os autores trazem em primeiro lugar uma constatação interessante que já havia verificado, a falta de estudo e introdução dos pensamentos filosóficos no direito e principalmente no direito ambiental, podendo trazer decisões e escritos com fundamentações pobres. Passando pela história do direito constitucional como forma de entendimento do que estava por vir que é a inclusão do direito ambiental como direito à vida.

O texto assim, apesar de poder ser um pouco maior e em algumas partes um pouco mais simples, se torna importante fonte de pesquisa para qualquer pesquisador que busca entender ou escrever sobre os processos constitucionais, desde sua origem até seu foco ambiental que foi dado pelo direito ambiental com um pegada filosófica, algo que está em falta no mercado do direito brasileiro e que deve ser incentivado, pois, a filosofia sempre se mostrou como importante fonte de conhecimento.

RESENHAS | REVIEWS

ESTADO E FORMA POLÍTICA

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

Vitor Gabriel Garnica¹

Estado e Forma Política, escrito por Alysson Leandro Mascaro, vem desvendar a real concepção e essência do Estado enquanto forma política do capitalismo. O livro contém cinco capítulos que refletem sobre o papel social que o Estado exerce, primeiramente como garantidor da forma-mercadoria, agindo na qualidade de terceiro das relações de dominação da força de trabalho. O método utilizado por Mascaro já é logo anunciado na introdução da obra, sendo o derivacionismo advindo do materialismo dialético. No estudo, o autor levanta a importância de autores como Gramsci, Poulantzas, Althusser e Hirsch ao compreender a forma com que o Estado se estabelece como produto derivado da forma-mercadoria do próprio capitalismo. O autor também salienta a importância de Pachukanis na compreensão central do papel jurídico na constituição da forma política.

No primeiro capítulo, Mascaro, ao utilizar o método materialista-dialético histórico, propõe que qualquer Estado (dadas suas características no tempo e no espaço) sempre preservou o cerne do capitalismo, a forma-valor. Assim, o Estado se assume enquanto terceiro nas relações de dominação pelo capital, com a roupagem da imparcialidade e da neutralidade legitimando a exploração na forma de contratos (subjetividade jurídica). Ressalta o autor que essas formas de dominação sempre existiram, mas era o uso da violência que as mantinham; contudo, o Estado foi apropriado pela forma-mercadoria no início da Sociedade Industrial, incorporando-se à própria lógica capitalista. Surge, então, um centrifugador das demandas e conflitos sociais, pois o Estado mostra-se imparcial (terceiro) aos interesses de classes, mas não deixa de desconstituir a sua forma-política do capitalismo.

Ainda em seu denso capítulo, Mascaro disserta sobre as instituições políticas enquanto materialização da forma política e o Direito enquanto forma jurídica que compõe a estrutura do Estado. Portanto, a forma jurídica é anterior ao Estado, mas encontra toda a força normativa que

¹ Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Bolsista CAPES. E-mail: vitorgarnica@hotmail.com.

a mantém dentro do aparelho coercitivo do Estado: operam-se em reciprocidade, um legitimando o outro. Dentro dessa relação, a preservação da forma-mercadoria constitui o Estado, alicerçado na subjetivação jurídica e na igualdade entre os indivíduos. Resulta-se no isolamento do sujeito ao seu grupo, além de torná-lo paritário na relação contratual, sobretudo na mercantilização da força de trabalho. A legitimidade recíproca é “no que tange à forma, política e direito são duas estruturas insígnias, na operacionalização técnica se agrupam.” (MASCARO, 2013, p. 43).

Mascaro, ao final do primeiro capítulo, alerta que o Estado não é aparelho da burguesia, e sim forma-política do capitalismo. Ora, tal afirmação expõe que, uma vez que o Estado reproduz as relações da forma-mercadoria, compõe em si as próprias contradições do Capital. Dentro dessa dinâmica, observa-se a dialética da Luta de Classes. O Estado não é autônomo, está em constantes conflitos e contradições com os atores sociais e internacionais. É dentro desse processo dialético que se estabelecem as lutas políticas, uma vez que o Estado as centrifuga. Dada a sua limitação enquanto forma-política, o Estado sempre poderá operar dentro de um leque por uma atuação que não interfira sobre o núcleo duro da forma-mercadoria, ora políticas mais sociais, ora políticas mais liberais.

Nos próximos quatro capítulos que se seguem na obra, Mascaro utiliza-se de toda fundamentação acima exposta (primeiro capítulo) ao relacionar o Estado com a sociedade (capítulo dois); a forma de atuação política (capítulo três); a existência e a necessidade da pluralidade estatal (capítulo 4) e, por fim, a regulação econômica (capítulo 5).

A Sociedade e a forma-política são dialéticas, contudo seus conflitos se dão por meio do Estado, esse “que se apresenta para todos, porque todos para a exploração são constituídos e tornados iguais para as trocas – e, por extensão também, para a penetração de suas vontades no plano formal no Estado” (MASCARO, 2013, p. 58). Desse modo, o direito cristaliza e materializa a sociedade em subjetivação jurídica dado o indivíduo isolado e, por meio de instituições, quando uma vontade coletiva toma forma. Diante da conjectura em que tal relação entre sociedade e Estado pode se dar, o Estado possui dois aparelhos para a contenção de conflitos: i) ideológicos e ii) repressivos. Os aparelhos ideológicos servem para a manutenção da paz, leia-se, assegurar a reprodução capitalista. Assim, o sistema educacional, o sistema bancário, os meios de comunicação organizam-se na forma-mercadoria. Contudo, se mesmo por meio dos aparelhos ideológicos não forem suficientes para a pacificação e manutenção do *status quo*, o Estado utiliza-se dos aparelhos repressivos, como se verá adiante que a própria democracia é instável dentro de conjecturas radicais.

A política do Estado, capítulo três, constitui-se a partir do imaginário da nação enquanto promotor da própria divisão social do trabalho no plano internacional, pois possui caráter ideológico nacionalista, ao obstruir uma visão homogênea dos explorados. Forja-se, assim, uma delimitação estrutural no campo das ações contida no direito (por exemplo, “o direito a fazer greve”) e a sua máxima é a possibilidade de representação política: a democracia. A leitura deste capítulo é essencial aos dias de hoje, pois Mascaro expõe que fascismo e ditadura são opções políticas diante de um quadro instável que afere diretamente na reprodução do capital. Uma vez constatados

conflitos não passíveis de serem solucionados por meios democráticos, a forma-política estatal, lançando mão dos aparelhos repressivos, possui a tendência da extinção da democracia em meio às crises econômicas e instabilidades sociais.

A diversidade e a pluralidade dos Estados também constituem a lógica da divisão social do trabalho no plano internacional. Do mesmo modo que se opera a igualdade jurídica no plano nacional, essa máxima também convalida as relações mercantil no plano internacional. Pois “tal qual a subjetividade jurídica que opera a circulação mercantil e a exploração da força de trabalho por meio de salariado do capital, também entre os Estados as mesmas formas sociais, políticas e jurídicas dão base às suas relações estrangeiras.” (MASCARO, 2013, p. 98). E adverte que o Estado, mesmo nessa nova configuração mundial da remodelação do conceito de soberania, ainda é importante para a reprodução capitalista, ressaltando o papel repressivo do Estado em executar os contratos a níveis internacionais.

Por fim, no último capítulo, o autor busca elucidar que toda política regulatória estatal é derivada em: i) regime de acumulação (conjuntural) e ii) modo de produção (estrutural). Reforça aqui todo o pensamento exposto, sobre o núcleo duro de preservar a reprodução capitalista, podendo, contudo, sofrer alterações no regime de acumulação conforme as próprias contradições do capital. Assim, será nos períodos de crise que o regime de acumulação sofrerá mudanças, ora para políticas distributivas, ora acumulativas.

Finalizo ao destacar a importância da obra *Estado e Forma Política* para os estudiosos do Direito. Mascaro possui sistematização e clareza ao expor as suas ideias. As leituras marxistas não são usualmente utilizadas na ciência jurídica e o autor consegue introduzir difíceis conceitos e teorias em moldes práticos e visuais, o que permite ao leitor compreender os conflitos sociais dentro da visão estrutural do capital. Compreender o capital, é, primeiramente, entender as dinâmicas sociais e como o direito as avalia. Ratifico, Mascaro delimita a atuação estatal e jurídica dentro do campo de emancipação social, o que permite compreender os espaços possíveis de avanço dentro dessas esferas.