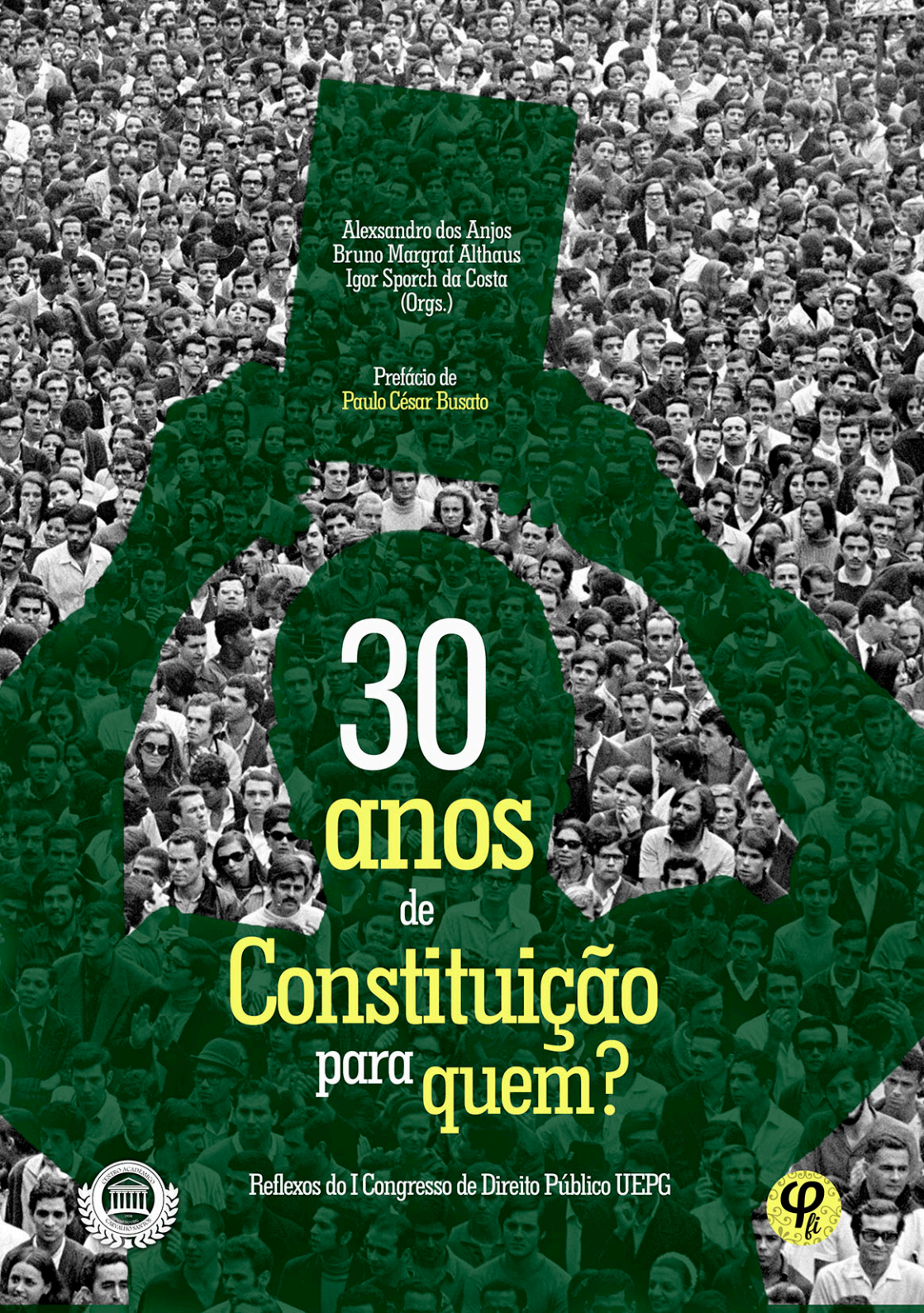


Alexsandro dos Anjos
Bruno Margraf Althaus
Igor Sporch da Costa
(Orgs.)

Prefácio de
Paulo César Busato

30 anos de Constituição para quem?

Reflexos do I Congresso de Direito Público UEPG

O livro 30 anos de Constituição para quem? Reflexos do I Congresso de Direito Público UEPG além de sintetizar os debates desenvolvidos no decorrer do I Congresso de Direito Público promovido pelo CACS, tendo como pano de fundo o aniversário de 30 anos da Constituição Federal de 1988, representa a sempre profícua união de pesquisadores docentes com os jovens pesquisadores – pós-graduados, graduados e graduandos – naquele que tem sido o berço das melhores produções científicas no campo das Ciências Sociais Aplicadas: a Universidade pública e gratuita. No decorrer dos capítulos que o compõe têm-se profundas reflexões acerca de como chega a nossa Constituição naquela idade que identificamos como a da maturidade. O olhar lançado sobre os seus 30 anos inicia-se pelo seu processo constituinte, na busca de concretizar o sonho, que custou a vida de muitos, de uma constituição democrática, nas palavras de Adriano Pilatti - que restituísse direitos e definisse políticas públicas para a correção de injustiças sociais e do atraso econômico-, buscando possibilitar a todos os cidadãos brasileiros, o acesso a bens materiais e imateriais, que lhes permitisse concretizar seus sonhos, a partir de suas particularidades e diferentes formas de vida. Porém, a caminhada de nossa Constituição foi feita de caminhos tortuosos e cheios de obstáculos, o que fica claro no texto de Ana Claudia Santano, quando afirma que "o texto constitucional claudica diante de uma sociedade que não a adota como o seu pilar, e que seu conteúdo goza de um prestígio que oscila, sendo, por vezes, ignorada, vilipendiada, violada, mudada à sua revelia e interpretada conforme os ventos, por todos os poderes, sem exceção". A par dela, lançaram-se olhares sobre o Estado brasileiro, seus poderes, as políticas de estado e governo, o modo com se constituíram e se desconstituíram ao longo de todos esses anos de vigência da Constituição de 1988, trazendo reflexões sobre as políticas públicas de assistência social e de segurança, e o modo como as políticas econômicas contribuíram para viabilizar, ou não, o projeto democrático que a Constituição de 1988 carregava consigo. A leitura da obra é obrigatória para se entender a necessidade de se preservar o paradigma democrático estabelecido pela Constituição de 1988, como o único caminho seguro na realização do fundamento da Republica Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.

Profª Drª Dirceia Moreira

I CDP

Realização | Centro Acadêmico Carvalho Santos - UEPG

9 788556 966223

editora fi .org

CC BY SA

30 anos de Constituição para quem?

Direção Editorial

Lucas Fontella Margoni

Comitê Científico

Amanda Flach (Mestre)

Bruno Cunha Souza (Mestrando)

Élcio Domingues da Silva (Mestrando)

Giovanni Vidal Guaragni (Mestrando)

Igor Sporch da Costa (Mestre)

João Otávio Bacchi Gutinieki (Mestrando)

Julyana Neiverth (Doutoranda)

Karoline Coelho de Andrade e Souza (Doutoranda)

Letícia Maria Rutkowski Salles (Especialista)

Luísa Nami Godoy (Mestre)

Luzardo Faria (Mestrando)

Paulo César de Lara (Mestre)

Paulo Pereira (Mestrando)

Pedro Fauth Manhães Miranda (Doutorando)

Ricardo Murilo da Silva (Mestrando)

Tais Vella Cruz (Mestrando)

Vitor Hugo Bueno Fogaça (Doutor)

30 anos de Constituição para quem?

Reflexos do I Congresso de Direito Público UEPG

Organizadores:
Alexsandro dos Anjos
Bruno Margraf Althaus
Igor Sporch da Costa

Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Carole Kümmecke - https://www.behance.net/CaroleKummecke

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

http://www.abecbrasil.org.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ANJOS, Alexsandro dos; ALTHAUS, Bruno Margraf; COSTA, Igor Sporch da (Orgs.)

30 anos de Constituição para quem? Reflexos do I Congresso de Direito Público UEPG [recurso eletrônico] / Alexsandro dos Anjos; Bruno Margraf Althaus; Igor Sporch da Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

473 p.

ISBN - 978-85-5696-622-3

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. Direito; 2. Direito Público; 3. I Congresso de Direito Público UEPG; 4. Constituição; 5. Direito Constitucional; I. Título

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

Nada na vida recente de uma nação é tão revolucionário que possa ser dissociado inteiramente do passado; pouco do passado é tão desimportante que não tenha deixado marcas no presente

Karl Loewenstein

Sumário

Introdução **13**

Prefácio **15**
A universidade é o que são seus alunos
Paulo César Busato

1 ..... **21**
30 anos de Constituição para quem? Uma análise do I Congresso de Direito Público UEPG
Alexsandro dos Anjos; Bruno Margraf Althaus

Direito Constitucional

2 ..... **47**
O Processo Constituinte de 1987-1988
Adriano Pilatti

3 ..... **73**
As universidades públicas brasileiras na Constituição de 1988
João Irineu de Resende Miranda

4 ..... **85**
Hermenêutica constitucional participativa? O Supremo Tribunal Federal e a sociedade
Vinicius Mendes da Silva

5 ..... **115**
Estado laico para quem? A inconstitucionalidade de leis municipais confessionais de Ponta Grossa
Alisson Alves Pepe; Pedro Fauth Manhães Miranda

6 ..... **139**
"O caminho se faz ao caminhar": o direito à Assistência Social no Brasil nos marcos da Constituição Federal de 1988
André Henrique Mello Correa

Teoria do Direito

7 169
Constituição Federal e sua natureza: de Konrad Hesse ao pós-estruturalismo
Julyana Neiverth; Karoline Coelho de Andrade e Souza

Direito Administrativo & Econômico

8 195
Empresas estatais, governança corporativa e desenvolvimento econômico
Vinícius Klein; Guilherme Grando

9 217
A Ordem Econômica da Constituição de 88, soberania e dependência: análise do ponto de vista da ciência, tecnologia e inovação
João Guilherme Pereira Chaves

Direito Ambiental & Urbanístico

10 251
A constitucionalização do direito urbanístico brasileiro: avanços, reveses e perspectivas de investigação nos 30 anos da Constituição de 1988
Igor Sporch da Costa

11 303
30 anos de direito originário à terra: a eficácia do direito dos povos indígenas à terra
José Robson da Silva; Rachel Dantas Libois

12..... 325
A falência do meio ambiente constitucional no cômputo das áreas de preservação permanente na reserva legal frente à atuação do poder judiciário
Fábio Dias da Silva

Direito Tributário & Financeiro

13..... 351
Constituição de 1988: (in)aplicabilidade de contraditório e ampla defesa no Tribunal de Contas da União
Luiza Helena Schlichting Ribas

Direito Eleitoral

14 385
30 anos da Constituição Federal e a reforma política: mudanças para a manutenção do *status quo*
Ana Claudia Santano

15..... 407
Fake news nas eleições em face aos princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral: um estudo a partir do caso Marina Silva (2014-2018)
Clodoaldo de Meira Azevedo Junior; Marina Adriano Monteiro

Ciências Criminais

16..... 427
A legislação penal brasileira e o minimalismo penal sob a análise econômica do direito
Matheus de Quadros

17..... 453
Entre balas perdidas e políticas desorientadas: uma análise crítica acerca das bases da segurança pública no Brasil
Maria H. Abdanur M. dos Santos; Luiz Henrique Cardelli; Pedro Abdanur M. dos Santos

Introdução

Prefácio

A universidade é o que são seus alunos

Paulo César Busato

Corria o ano de 1998.

Lecionar na UEPG era, para mim, ao mesmo tempo um desafio e uma honra.

Uma honra, porque desde a adolescência eu pensava que um dia – à margem da atividade de Promotor de Justiça – eu queria exercer o magistério; e ter logrado fazê-lo em uma instituição pública de tanto prestígio, cujo acesso se dá por um renhido e complicado concurso, era um verdadeiro êxito.

Um desafio, porque rapidamente me deparei com um problema que apresentava várias difíceis facetas.

O problema é que ingressei em uma turma de Direito penal, parte especial e, ao dar a primeira aula, de homicídio, tratei de explicar que figura típica comportava duas diferentes facetas subjetivas: o homicídio doloso e o homicídio culposo. A esta observação minha, imediatamente, seguiu-se o comentário de um aluno, de que então, o homicídio podia corresponder às duas formas de culpabilidade: o dolo e a culpa!

Quando ouvi isso saltaram todos os alarmes! Explorei um pouco mais a questão e consegui retirar da turma uma confusão enorme de informações acerca da parte geral, entre as quais, o fato de que havia um professor na casa que ensinava com as mesmas fichas utilizadas por ele para as aulas que dava antes da reforma da parte geral do Código penal, em 1984 e que informava os alunos que *o finalismo era só uma moda que um tal Damásio de Jesus tinha*

trazido para o Brasil, e que, portanto, a ele cabia ensinar com base no modelo causal.

Sim, a frase era uma coleção de barbaridades tão grande que exigia atitude drástica. Era necessário começar tudo de novo, desde as bases da parte geral. A opção de deixar de lado este problema implicava condenar a toda uma geração de alunos à perene ignorância em matéria penal.

Minha primeira atitude foi de explicar para a Diretora do Curso de Direito a situação com que me deparei e disse-lhe que o correto era começar o penal todo de novo. Ela me respondeu que considerava esta atitude um acinte contra os colegas professores de Parte Geral e que isso repercutiria muito mal entre o corpo docente, portanto, ela não admitiria esta iniciativa. Mais do que isso. Ela exigiria que fosse cumprido o conteúdo programático da disciplina para mim assinalada. Não gerou qualquer efeito nem mesmo meu argumento de que obviamente não eram todos os professores de Direito penal parte geral que ensinavam escandalosamente errado, mas aquele que o fazia tinha prejudicado não só a turma que eu agora lecionava, mas todas as que a antecederam.

A direção estava irredutível.

Não havia mais a quem recorrer. Expliquei, então, aos próprios alunos, da maneira mais delicada possível, o que estava acontecendo.

Claro que houve protestos e expressões de inconformismo com o fato de ter que buscar fora da sala o resgate de um conhecimento que lhes foi sonegado ou passado de modo errado ou, no mínimo, clamorosamente desatualizado. Ademais, gerou frustração, revolta e até desprezo pelo colega responsável de tal desatino.

Não tardou muito para que parte do corpo docente me visse – e tratasse – de modo hostil.

Os alunos, no entanto, surpreendentemente, vieram a mim com uma proposta: eu deveria lecionar fora do horário de aulas regulares, todo um novo curso de parte geral. Eles se encarregariam,

em nome do Centro Acadêmico Carvalho Santos, de conseguir a reserva de local na Universidade para tanto.

O CACS tinha uma competente liderança feminina. Lembro-me de um trio de pessoas especialmente ativas no que mais tarde se reconheceria como uma verdadeira revolução do CACS: minhas alunas Larissa Kopack, Jurema Gomes e Patrícia Melhem. Claro que estavam todos os alunos irmanados na iniciativa, mas a liderança delas foi decisiva.

Foi assim que nasceu, por organização do CACS, um curso de Parte Geral de Direito penal que era lecionado das 17:30 às 18:45, diariamente, no pequeno auditório, que ficava no final de um dos corredores da Faculdade de Direito.

O local, empoeirado pelo desuso, com carteiras em péssimo estado, ficou lotado já desde a primeira aula.

O combinado foi que se cobraria pelo curso um valor simbólico, que seria destinado ao próprio Centro Acadêmico, que trataria de organizar tudo, inclusive uma apostila com um resumo do conteúdo programático, bem como indicação de bibliografia.

A verdade é que o curso foi um tremendo sucesso de público. A ponto de que tivemos que repeti-lo várias vezes. Não lembro quantas edições foram feitas, mas todas elas sempre tinham lotado o auditório. Creio que durante todo um ano ou um ano e meio, o curso – que durava uns dois meses – se repetiu.

A direção do CACS de então, com os valores arrecadados, recuperou a sede do Centro Acadêmico que encontrava-se em situação de abandono há vários anos e passou a exercer um papel ativo dentro da própria Faculdade de Direito. Criou novos cursos, de diversas matérias, em horários extra. Com isso, passou a arrecadar ainda mais dinheiro, que destinou, nobremente, à reforma das próprias salas de aula, desde pintura, quadros, carteiras, etc..

O CACS tornou-se, nos anos seguintes, 1999, 2000 em diante, um ator central do desenvolvimento do curso de Direito. Lembro-me de iniciativas fantásticas como a do Faltômetro, onde se apresentou – sob protestos da direção e de alguns professores, que

no final, lograram retirá-lo – um placar enorme que ficava no principal corredor da faculdade de direito registrando faltas e atrasos de professores.

Nenhum de nós, que vivemos estes momentos sabíamos que estávamos fazendo parte de eventos históricos. Menos ainda que alguns daqueles aguerridos e participativos alunos se tornariam professores, até da própria UEPG, como o Fabrício Bittencourt da Cruz, o Pablo Milanese, a Priscila Camargo Santos, o João Irineu de Resende Miranda e o Luis Carlos Simionato Junior. As três líderes do movimento tornaram-se magistradas (a Larissa e a Jurema) e professora (a Patrícia, em Guarapuava, sua terra). Do grupo ainda saíram outros professores para outras Universidades, como o Alex Wilson Duarte Ferreira, o Rodrigo Cavagnari e o Cléber Rigailo.

O fato é que o *sal da terra* se encontrava, como sempre, no corpo discente. O tempo provou algo que eu sempre suspeitei, desde que por primeira vez pisei em uma sala de aulas como professor: é possível fazer Universidade sem carteiras, sem quadros, sem salas, sem cadernos, sem livros, sem diretores e, arrisco dizer, até sem professores. Só não é possível fazer Universidade sem alunos. O que move a existência do ambiente acadêmico é apenas e tão somente a sede de saber.

Todos nós professores temos a aprender muito com a postura e atitude daqueles que buscam conhecer e devemos ser escadas que permitam aos alunos alcançarem o máximo da altura deles mesmos. O potencial já está neles. Sempre esteve. Se formos surdos a isso, estaremos impedindo que se tornem quem efetivamente já são.

Esta é a lição que empiricamente o CACS me ensinou, no período em que lecionei na Universidade Estadual de Ponta Grossa. Sou muito grato ao Centro Acadêmico e é por isso que jamais recusarei um chamado seu. Devo muito a esta instituição.

Ao espaço que me deram os alunos, devo até mesmo a amizade e respeito que conquistei com os professores que ficaram quando parti, hoje meus queridos amigos.

Agradeço ao Bruno Althaus, que o destino quis fosse o interlocutor da possibilidade deste escrito e que conheci pequeno, nos braços dos seus pais, meus amigos. Tenho certeza de que nele brilha a centelha acesa por aqueles que revolucionaram a Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa, sendo os melhores alunos que poderiam ser.

A todos meu muito obrigado pelas inesquecíveis lições.

Curitiba, 09 de março de 2019.

1

30 anos de Constituição para quem? Uma análise do I Congresso de Direito Público UEPG

Alexsandro dos Anjos [1]
Bruno Margraf Althaus [2]

O congresso e o CACS

A Universidade é espaço de discussão. Neste ambiente, grupos e associações fomentam o debate de questões jurídicas, políticas e sociais que inquietam as mentes acadêmicas. Inclui-se nesse espaço, impreterivelmente, o movimento estudantil. Todavia, reserva-se espaço somente ao movimento estudantil socialmente referenciado, academicamente comprometido e, claro, constantemente inquieto.

A posição da doutrina jurídica é reservada àqueles que já não estão nas cadeiras das salas de aula nas universidade, mas que, em sua grande maioria, estão à frente lecionando nas faculdades de Direito. No entanto, o papel do corpo discente é essencial para dar vida e cor às discussões que não devem ser passadas em branco. Assim, surgiu a ideia de promover um evento em torno dos 30 anos da Constituição, organizado pelo Centro Acadêmico Carvalho Santos (CACS), da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG).

---

[1] Graduando em Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Membro da diretoria do Centro Acadêmico Carvalho Santos (CACS) em 2019 e organizador do I Congresso de Direito Público UEPG.

[2] Graduando em Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Membro da presidência Centro Acadêmico Carvalho Santos (CACS) em 2018 e organizador do I Congresso de Direito Público UEPG. E-mail: brunoalthaus@uol.com.br

Os 60 anos do CACS e os 30 anos da Constituição

O CACS foi fundado em 1958, completando 60 anos de existência no ano de realização do evento. Grandiosidade especial, pois coincidiu com a exata idade dobrada da jovem Constituição Cidadã de 1988. Assim, a intenção de unir as duas causas levou ao planejamento do I Congresso de Direito Público UEPG.

Imbuídos em espírito crítico, os organizadores tiveram a intenção de que o evento não fosse meramente descritivo ou expositório, mas que permitisse o surgimento de novas discussões, e, principalmente, que se tornassem públicos os resultados obtidos do próprio evento. Dessa maneira, propôs-se o subtítulo "30 anos de Constituição para quem?". Objetivou-se publicar o primeiro livro, sob organização do CACS, colocando à disposição de toda Academia aquilo que se produziu nos corredores desta Universidade por professores e acadêmicos.

Historicamente, o CACS foi protagonista, na cidade de Ponta Grossa, em promover novos debates na seara jurídica, pois durante 40 anos a Universidade Estadual de Ponta Grossa foi a única instituição com o curso de bacharelado em Direito na região. Simultaneamente, nos longos 60 anos de história do CACS, que foi fundado no mesmo ano da faculdade de Direito (1958), obteve espaço para promover os debates que considerava pertinente à realidade jurídica-acadêmica da(s) época(s).

Assim, o I Congresso de Direito Público UEPG foi ambiente fecundo para as discussões em torno do Direito Público, unindo duas datas importantíssimas para a organização e para a protagonista deste evento, que é a Constituição de 1988. O objeto do evento foi além do Direito Constitucional em si, para abarcar quase todas as áreas do Direito Público, seja nas conferências, seja nos grupos de trabalhos.

Como parte dos frutos do Congresso, esta obra dedica-se a levar a produção do evento a toda comunidade acadêmica, coletando os melhores artigos dos participantes do evento e contando com a participação de diversos conferencistas.

Nesta breve apresentação, primeiramente será abordado o marco histórico pelo qual se chegou à ideia deste evento, que é o advento do Constitucionalismo Democrático consolidado com a Constituição de 1988, e seus impactos no Direito brasileiro.

Feita a remessa teórica, serão estabelecidos os objetivos do trabalho, para que então se analisem os trabalhos desenvolvidos ao longo do evento, seja por meio das conferências realizadas pelos grupos de trabalhos e dos artigos apresentados. Ao fim, serão feitos breves apontamentos e considerações acerca dos resultados obtidos.

Constitucionalismo e a Constituição de 1988: o que aconteceu com o Direito brasileiro?

A Segunda Guerra Mundial foi um marco para a humanidade. Na seara jurídica, o pós-guerra deu início a uma intensa produção teórica-jurídica que resultou no chamado Constitucionalismo Contemporâneo[3], cujos frutos foram observados nos textos constitucionais de países ocidentais.

Uma Constituição Democrática, tal como é o texto de 1988, pode ser "mapeada" pelos caminhos trilhados pelo Constitucionalismo. Mais do que uma mera carta de direitos e promessas, o texto normativo das Constituições contemporâneas vai além, como aduz Paulo Bonavides[4], desenvolvendo "[...] um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante". Este caráter programático-compromissório consagrado na Constituição de 1988 pode ser melhor entendido através da definição de constitucionalismo para J. J. Gomes Canotilho[5]: é a "[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado

[3] Também chamado de Constitucionalismo Democrático ou Novo Constitucionalismo.

[4] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1996.

[5] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade"[6].

É evidente que todo programa[7] gera expectativas. À vista disso, todo o Direito que surge a partir das raízes constitucionais — como o caso do Direito Urbanístico e Ambiental brasileiros, que praticamente nasceram da Constituição de 1988, e também daqueles ramos que sofrem drásticas mudanças com o advento do Novo Constitucionalismo, como o Direito Civil — são palco de radicais mudanças no plano jurídico normativo e fático.

A Constituição se tornou um marco de ruptura entre o Direito pré e pós-88, produzindo efeitos que perduram (ou que sequer produziram efeitos *stricto sensu*) na Ordem Jurídica ainda após 30 anos da promulgação da norma. Grandes são os impactos nos ramos do Direito Privado, que passam a um lento processo de publicização, e, no Direito Público, que sofrem um processo de constitucionalização à luz das mudanças trazidas pela Constituição.

O Direito Processual Penal, por exemplo, foi consagrado por um sistema acusatório com a Constituição de 1988. Apesar da existência dessa discussão há mais de 30 anos, tal debate ainda não está saciado, visto que o sistema processual penal infraconstitucional se mostra inquisitorial. Logo, certas alterações são imprescindíveis para a consolidação deste sistema, e é nesta mudança paradigmática que se travam diversos debates científicos e mudanças político-legislativas.

Adentrando à seara do Direito Constitucional, mais especificamente na Teoria da Constituição, a ruptura jurídica provocada pelo advento do Novo Constitucionalismo consagrou

[6] Cabe salientar que Canotilho defende que a ideia de Constituição Dirigente só estaria morta "se o dirigismo constitucional for entendido como normativo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias" (2001, p.XXIX-XXX).

[7] Na acepção de programática constitucional, como defende Canotilho.

duas funções intrínsecas às Constituições Contemporâneas, nas lições de Barroso[8]:

> Em primeiro lugar, compete a ela veicular **consensos mínimos**, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais [...] que envolvem garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos Poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa.

Evidente, pois, que "consensos mínimos" não são sinônimo de concordância ou uniformidade. Logo, descabível pensar que a existência da Constituição seja reflexo do íntimo absoluto de cada sociedade, mas, sim, de um "mínimo denominador comum"[9]. Pertinentes são, portanto, todas as discussões em torno dos efeitos que a Constituição acarreta no Sistema Jurídico, desde que devidamente respeitados os fundamentos constitucionais. Em segundo lugar, aduz Barroso[10] que:

> [...] cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder. Há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode, não deve nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária.

---

[8] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 114.

[9] Termo retirado do texto de Adriano Pilatti, cuja leitura indispensável contempla esta obra.

[10] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 114.

Ressalte-se que uma das maiores conquistas de um texto constitucional é a estabilidade jurídica, seja por meio de direitos ou garantias. Todavia, pela ótica pragmática, observa-se que é rotineiro no espaço político a busca por — ilegítimas — mudanças constitucionais quando o Direito infraconstitucional "afetado" pela Constituição desagrada aos interesses privados. Em especial, as notórias vítimas são o Direito Ambiental, Urbanístico, os Direitos Difusos e Coletivos, as Garantias Penais e Processuais Penais, etc. Ou seja, em grande parte, fere-se o Direito público.

É justamente nesse contexto que a estabilidade constitucional entra em ação: protege e mantém os "mínimos denominadores comuns" que sustentam as bases de uma sociedade democrática, seja nas garantias fundamentais de primeira ordem, nos direitos sociais ou nos direitos políticos.

Por fim, enfatize-se que a sociedade civil faz parte do processo de constitucionalização, ainda que muitas vezes despercebido. A comunidade acadêmica jurídica, por sua vez, responsabiliza-se ainda mais na defesa do Estado Democrático de Direito. Reafirmar o compromisso com a constitucionalização do Direito Brasileiro como um todo foi a missão do CACS na edição deste evento, conforme será exposto na segunda seção.

O alcance da Constituição

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sobreveio a expectativa de uma efetividade plena de suas garantias a todos os cidadãos, afinal, trata-se da Constituição Cidadã.

Em que pese diversas sejam as garantias e os direitos estabelecidos pela Constituição de 1988, é de suma importância a análise prática de real efetividade e alcance do texto legal para além do mero texto, de seu efetivo alcance àqueles a quem se refere.

Denota-se a premissa e o objetivo da Constituição de assegurar o exercício de vários direitos sociais e individuais, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e

a justiça, por exemplo. Contudo, considerando que a Constituição tem alcance sobre todos os indivíduos, constata-se que as condições de exercício de certos direitos sociais e individuais deveria alcançar todos os indivíduos que se encontram sob sua guarida.

Toma-se, a título de demonstração, o direito à informação, garantido pela Constituição em seu artigo 5º, inciso XIV.[11] Insta ressaltar, inicialmente, que a internet é uma das principais fontes de informação do brasileiro atualmente. Em 2009, uma pesquisa veiculada nos Estados Unidos constatou que a internet já era a fonte de informação mais popular.[12] Em 2014, 47% dos brasileiros tinham a internet como primeira e principal fonte de informação.[13] Nas eleições de 2018, pôde-se perceber que a internet também demonstrou ser a principal fonte de informação dos eleitores.[14]

Uma vez nítida a vasta utilização da internet como fonte de informação, urge acentuar que o acesso a tal fonte ainda é precário no Brasil, uma vez que apenas 57,8% dos domicílios brasileiros possuem acesso à internet, percentual baixo em relação a outros países.[15]

---

[11] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;" (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. **Publicada no DOU de 05.10.1998.** Planalto. Sítio oficial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jan. 2019.)

[12] INTERNET most popular information source: pool. **Reuters.** 17 de junho de 2009. Disponível em: < https://www.reuters.com/article/us-media-internet-life/internet-most-popular-information-source-poll-idUSTRE55G4XA20090617>. Acesso em: 29 jan. 2019.

[13] INTERNET é a primeira fonte de informações para 47% dos brasileiros, aponta estudo. **Ibope.** 15 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Internet-e-a-primeira-fonte-de-informacoes-para-47-dos-brasileiros-aponta-estudo.aspx>. Acesso em: 29 jan. 2019.

[14] PESQUISA nacional - meios utilizados para se informar sobre as eleições de 2018/julho 2018. **Paraná Pesquisas.** 01 de agosto de 2018. Disponível em: <www.paranapesquisas.com.br/pesquisas/pesquisa-nacional-meios-utilizados-para-se-informar-sobre-as-eleicoes-de-2018-julho-2018/>. Acesso em: 29 jan. 2019.

[15] SANTOS, Bárbara Ferreira. Apesar de expansão, acesso à internet no Brasil ainda é baixo. **Exame.** 29 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/apesar-de-expansao-acesso-a-internet-no-brasil-ainda-e-baixo/>. Acesso em: 29 jan. 2019.

A Constituição Federal institui o direito à informação, contudo, por diversos motivos, a principal fonte de informação é acessível por pouco mais da metade da população. Frisa-se que o impedimento de acesso à internet não necessariamente descarta o acesso à informação, mas limita-o consideravelmente, uma vez que a internet demonstra-se ser uma das fontes mais eficazes, tendo em vista que é possível, por exemplo, verificar veracidade ou detalhamento de determinada informação.

O direito à informação não se mostra como o único direito que, embora instituído, não foi plenamente efetivado. Diversos outros direitos e garantias não são plenamente garantidos a todos os indivíduos. Em 2017, metade dos brasileiros ainda não possuíam acesso a sistemas de esgotamento sanitário.[16] Ainda, pelo menos 6,9 milhões de famílias não possuem uma casa para morar.[17]

A Constituição Federal até o momento não atingiu seu pleno status de cidadã – enquanto efetivadora de todos seus direitos e garantias a todos – fato que se deve não por deficiência de conteúdo, necessariamente, mas pela ausência de vontade política para implementá-la.[18] Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos explicam, em relação às Constituições anteriores, que "a *falta de efetividade* das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata".[19]

---

[16] VALESCO, Clara. Saneamento melhora, mas metade dos brasileiros segue sem esgoto no país. **G1.** 12 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/saneamento-melhora-mas-metade-dos-brasileiros-segue-sem-esgoto-no-pais.ghtml>. Acesso em: 29 jan. 2019.

[17] ODILLA, Fernanda; PASSARINHO, Nathalia; BARRUCHO, Luís. Brasil tem 6,9 milhões de famílias sem casa e 6 milhões de imóveis vazios, diz urbanista. **BBC.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44028774>. Acesso em: 30 jan. 2019.

[18] MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. **Revista do TRT da 15ª Região**, Campinas, n. 17, p. 156-164, dez, 2001. p. 159.

[19] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, abr./jun, 2003. p. 142.

Diante disso, o objetivo imediato do evento foi demonstrar qual o real alcance da Constituição Federal em relação aos mais diversos direitos. Neste texto, busca-se analisar, de forma prática, o alcance da Constituição nas mudanças no Direito Público brasileiro pós-1988, mas também em relação aos temas ministrados e aos trabalhos submetidos nas mais diversas áreas do evento.

O congresso

No desenvolver deste trabalho, a abordagem será dividida nas duas "fontes" do evento: as conferências e a produção científica proveniente dos artigos. Note-se que, em relação a estes últimos, apenas 11 dos mais de 40 trabalhos submetidos foram convidados a contribuir com o livro, sendo esta seleção realizada pela comissão científica do evento, cujos critérios serão expostos ao final deste artigo. No que tange às contribuições dos conferencistas, serão tecidos comentário dos artigos dos conferencistas que colaboram neste livro, ao passo que sobre os demais comentar-se-ão somente as palestras proferidas, que já se encontram disponíveis ao público no canal do CACS no YouTube.

As conferências

As conferências e palestras do Congresso foram, indubitavelmente, o carro-chefe do evento, pois, à par do CACS, não há grande número de associações, institutos jurídicos e programas de pós-graduação *stricto sensu* no âmbito jurídico que organizem eventos jurídicos na região dos Campos Gerais. Contar com a participação de juristas de renome nacional é um fator de promoção do evento, pois no espaço das conferências se oportuniza ouvir aqueles que, muitas vezes, lecionam-nos por meio da doutrina jurídica.

Ao planejar a programação do congresso, pretendeu-se abranger ao menos 9 áreas do Direito Público em palestras, dando maior ênfase ao Direito Constitucional. Chegou-se então ao comum

acordo de abarcar as seguintes áreas: Direito Constitucional, Direito Econômico, Direito Administrativo, Direito Eleitoral, Direito Internacional Público, Direito Urbanístico, Direito Ambiental e as Ciências Criminais. Distribuindo as temáticas ao longo de 6 conferências, reservou-se um bom tempo para cada convidado, a fim de que o momento de palestra fosse além da mera exposição, mas também seguido de espaço para debate.

Fez-se convite a diversos juristas nas áreas acima nominadas, predominando as duas searas de maior interesse do público e ao evento: o Direito Constitucional, em virtude da data, e as Ciências Criminais. O convite foi acompanhado da sugestão de que a exposição contemplasse:

> (a) uma análise a partir/desde os 30 anos da Constituição e o referido ramo do Direito que pesquisa; e/ou
> (b) abordagem de um tema "emergente" da determinada área do Direito em correlação com o restante do Direito Público.

Evidente que, visto o título do evento, foi dada prioridade a análises interdisciplinares, reunindo-as nas mesmas conferências dentro das áreas correlatas do Direito Público, ou com certa afinidade entre si.

Como marco para o evento, a palestra magna de abertura do congresso contou com a presença de Adriano Pilatti, jurista que participou como assessor parlamentar da Assembleia Nacional Constituinte e que também foi membro da refundação do CACS em 1982, que estava desativado durante boa parte do regime ditatorial[20].

O professor da PUC-Rio, em sua brilhante exposição, cuja síntese contempla esta obra, transmitiu ao todo as circunstâncias

[20] Após extensa pesquisa histórica — ainda não finalizada — sobre a história do Centro Acadêmico Carvalho Santos, chegou-se às conclusões provisórias que entre os anos de 1972 e 1982 o CACS esteve desativado, pois não há nenhum registro de atas e documentos deste período. Sabe-se que durante este período, com a fundação do Diretório Central dos Estudantes (DCE), as atenções estudantis voltaram a este último, pois era mais prático para o controle estatal reter as lideranças estudantis em apenas uma entidade, e não com diversas lideranças em vários Centros Acadêmicos. São efeitos do Decreto-Lei n.º477 de 1967, promulgado pelo então Presidente Costa e Silva.

que antecederam e ocorreram durante o exercício do Poder Constituinte Originário. Contextualizou a época com o cenário político de todo o Brasil, permitindo uma verdadeira imersão no momento pré-Constituinte. Deixa-se de analisar sua exposição em virtude da presença de seu texto neste livro, de imprescindível leitura, cujo capítulo remetemos o leitor.

Na próxima seção, descrever-se-ão as exposições que se ativeram à análise da respectiva área do Direito a partir do marco dos 30 anos da Constituição Federal, em especial por intermédio da abordagem teórica. Em seguida, no subcapítulo 2.1.3, analisar-se-ão as exposições dos juristas que abordaram "temas emergentes" nos ramos do Direito Público.

Conferências de Ciências Criminais, Direito Urbanístico e Direito Ambiental

Em primeira análise, as conferências nas grandes áreas das Ciências Criminais, Direito Urbanístico e Direito Ambiental ativeram-se, em sua grande parte, na análise teórica e dogmática das raízes do pensamento contemporâneo de cada ramo. Seja por meio da filosofia ou da teoria crítica — como ocorreu com as ciências criminais, seja pela busca hermenêutica pelos marcos teóricos estruturantes das agendas "verde" e "marrom" do Direito Ambiental e Urbanístico.

Na grande área das Ciências Criminais[21], fizeram-se presentes os membros do Ministério Público e professores curitibanos Jacson Zilio e Paulo Busato (UFPR/FAE), sendo este último ex-professor da UEPG.

Jacson Zilio trabalhou com a Teoria Crítica do Delito, esmiuçando a teoria desenvolvida no Brasil, assinalando que, hoje, há um novo crescimento de contribuintes de um sistema penal democrático — enfraquecido pós-1964. Aduziu que a dogmática só

[21] Ambas palestras já se encontram disponíveis no canal do CACS no YouTube: https://www.youtube.com/channel/UCE56RimPfGj1Th8zmJ35rBA

tem função se "tiver um papel verdadeiramente crítico da forma de como o Direito Penal é aplicado".

Consigna-se também que, apesar das diferentes abordagens divergirem, respeitam-se mutuamente as diversas conquistas históricas que comunga. Expôs o promotor curitibano: *"[...] é para isso que a dogmática serve: para ser instrumento de proteção da liberdade individual"*.

O professor Paulo Busato, por sua vez, tratou de (re)analisar preceitos dogmáticos do Direito Penal, colocando em xeque dilemas acadêmicos comuns, ao indagar: *"Se existe uma teoria que não serve para resolver problema prático, então ela serve para quê?"*

Partindo da premissa da liberdade humana para existência de uma norma — que só é válida se compartilhada entre os sujeitos — e, por intermédio da matriz filosófica da qual comunga, a Filosofia da Linguagem, o penalista expôs a necessidade de se reverem os conceitos dogmáticos[22], defendendo um sistema jurídico que utilize uma filosofia que parta da *praxis*. In verbis: utilizar uma filosofia prática *"sem recair em verdades dogmáticas irrefutáveis"*.

Por fim, sintetizou as ideias na importância da linguagem para se compreender o fenômeno da imputação penal, antecedido por uma teoria da ação que de fato signifique aquilo que os sujeitos realizaram em meio às suas circunstâncias.

Na seara do Direito Urbanístico e Ambiental, os professores Igor Sporch da Costa e José Robson da Silva, ambos da UEPG, palestraram na conferência em que trataram da constitucionalização de ambos ramos do Direito. Evidenciou-se, nitidamente, o ainda baixo grau de constitucionalização do Direito infraconstitucional, quiçá parte da síndrome de baixa constitucionalidade brasileira, expressão utilizada pelo hermeneuta gaúcho Lênio Streck.

[22] Em especial, quanto à Teoria da Ação, recomenda-se a leitura da obra "Direito Penal e Ação Significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da Filosofia da Linguagem", de Paulo César Busato, publicado pela editora Lumen Juris.

O Professor Robson da Silva[23] elencou quatro sólidos marcos-teóricos que identifica como pressupostos do fenômeno da Constitucionalização do Direito Ambiental: (1) o conceito de paradigma para Thomas Kuhn, estabelecendo o marco revolucionário do Constitucionalismo Democrático; (2) a insurgência do chamado "Estado Socioambiental", que atribui deveres ao próprio Estado; (3) a constitucionalização do direito ambiental "em si", utilizando das lições de constitucionalização do Direito Civil para Paulo Lôbo; e (4) a ideia de mínimo existencial ambiental, alusão à teoria do patrimônio mínimo existencial de Luiz Edson Fachin.

Ao final, o professor fez uma defesa enfática na manutenção da defesa constitucional-ambiental, denunciando as propostas de mudanças na própria Constituição — através de Constituinte — para violar as garantias ambientais existentes, conforme aduziu:

> Desconfiem da constituinte [...] que estão propondo [...] Porque a Constituição não é perfeita, mas ela é boa; em matéria ambiental ela é muito boa. E essa incumbência e essa obrigação é constitucional, ela tem força normativa, ela vincula [...]

Deixa-se de analisar a palestra do professor Igor Sporch da Costa, remetendo o leitor ao capítulo desta obra, no qual aborda a temática referida.

Em síntese, pode-se perceber que esses quatro juristas que abordaram teórica e dogmaticamente os marcos da constitucionalização das respectivas áreas do direito público trouxeram análises que se assemelham das seguintes maneiras:

As matrizes teóricas, embora muitas vezes dissonantes — como a abordagem pelo professor Jacson Zilio — têm bases teóricas e filosóficas sólidas. Não foram elaboradas ao arbítrio. Isto mostra um real compromisso da academia cientificamente comprometida para com a dogmática jurídica.

---

[23] Apesar desta palestra proferida estar disponível no Youtube, remetemos o leitor ao artigo escrito pelo conferencista Prof. Dr. José Robson Silva e da participante Rachel Dantas Libois, em que dissertam sobre o Direito dos Povos Indígenas.

Conceitos indeterminados podem levar ao arbítrio do uso do poder, quando desamparado de uma dogmática comprometida com os marcos democráticos. Todavia, deixa-se maior análise ao fim deste texto, a fim de reunir todos os elementos produzidos ao longo do evento para tomar maiores conclusões.

Conferências de Direito Constitucional e Teoria do Direito; Direito Eleitoral e Internacional Público; Direito Econômico e Administrativo.

De diferente seara, outra parte das palestras proferidas abordou temas emergentes, que estão em grande debate no mundo jurídico à contemporaneidade dos 30 anos da Constituição. Os convidados que optaram por tais temáticas demonstraram sérios e contundentes resultados de pesquisas, problematizando temas em destaque sob os parâmetros da Constituição de 88.

Como primeiras conferencistas de todo evento, as pesquisadoras e professoras curitibanas Letícia Camargo Kreuz (UNIFACEAR) e Julia Gitirana (FAE) abordaram temáticas que, por muitas décadas, sequer foram tratadas: a figura da mulher e do movimento feminista no campo jurídico, dentro das grandes áreas do Direito Constitucional e da Teoria do Direito. Letícia Kreuz realizou a abordagem pela ótica do Constitucionalismo Feminista, que, em definição sintática[24], constitui-se como

> [...] resultado do pensamento crítico feminista que vem modificando o mundo político-jurídico e construindo novos conceitos a partir das noções de poder, justiça, liberdade e recontextualizando a igualdade no Estado Constitucional para formular propostas concretas e corrigir as injustiças baseadas na dinâmica de dominação/subordinação entre homens e mulheres que acarretam a negativa ao acesso das mulheres ao espaço público.

[24] BARBOZA, Estefânia; TOMAZONI, Larissa. O Constitucionalismo Feminista na América Latina. In: Caderno de Resumos III Congresso de Direito Constitucional e Filosofia Política. p. 331.

Ainda na mesma conferência, a professora Júlia Gitirana abordou a figura da mulher honesta, existente ainda em diversos ramos do Direito. Desde exemplos no Direito Penal e Civil, elucidou como — apesar dos avanços que a constitucionalização democrática trouxe — os conceitos ainda guardam resquícios de uma posição feminina abaixo da figura do homem dentro do Direito.

Desta conferência, que ocorreu após dois dias do primeiro turno eleitoral, interessantes reflexões surgiram das calorosas discussões: em poucas palavras, antes do momento político de 2018, "intentava-se 'progredir' nos conceitos jurídicos", vide a abertura interpretativa que a Constituição permite, de acordo com a reflexão feita. Mas, a partir de então, conservar a abrangência dos conceitos jurídicos (e seus significados) parece ter se tornado um ato de resistência, apesar do desejo de "ir além". Tal constatação agregou ainda mais atenção do público, que, diga-se de passagem, foi um dos maiores de todo o congresso.

Na terça-feira de manhã, a conferência abarcou duas áreas um tanto quanto distintas. Ana Cláudia Santano, professora e pesquisadora da UniBrasil, tratou do Direito Eleitoral, refletindo sobre as mudanças (e manutenções) do *status quo* com a Reforma Política. Já no Direito Internacional, o professor da casa João Irineu de Rezende Miranda abordou a interessante temática de como a Constituição de 1988 tratou a Universidade Pública, em comparação à seara internacional.

Pelo motivo da participação desses últimos autores nesta obra, deixa-se de analisá-las.

Por fim, na conferência da última manhã do evento, os professores Adriana Schier (UniBrasil) e Vinícius Klein (UFPR) estabeleceram um diálogo interdisciplinar que se encaixou bem, pois a primeira abordou a temática do fomento às empresas estatais dentro da perspectiva do Direito Administrativo, e o segundo tratou do desenvolvimento econômico a partir da atuação das empresas estatais nos termos estudados pelo Direito Econômico. Tal análise interdisciplinar pode ser consultada no artigo do professor Vinícius

Klein, que contempla esta obra, para onde remetemos o leitor para posterior análise nas conclusões deste trabalho.

Os artigos

As áreas temáticas disponibilizadas para a confecção de artigos – divididas em grupos de trabalho – foram as áreas escolhidas para serem abrangidas também nas conferências, quais sejam: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Financeiro e Tributário, Ciências Criminais, Direito Econômico, Direito Urbanístico e Ambiental, Teoria do Direito, Direito Eleitoral e Direito Internacional Público.

Ao todo, com 72 autores participantes, foram submetidos 46 trabalhos nas mais diversas áreas, dentre os grupos de trabalho supracitados. As áreas com o maior número de artigos submetidos foram, notadamente, Direito Constitucional – com 18 trabalhos – e Ciências Criminais – com 12 trabalhos – enquanto as demais áreas tiveram quantidades de submissões em números semelhantes.

Contudo, conforme se verá adiante, houve um desvio de enquadramento nas áreas. Alguns trabalhos, apesar de submetidos em determinada área, pertenciam ou poderiam melhor se adequar à outra. Apesar de haver complexidade na descoberta do motivo que induziu os autores a erro, nota-se que, em quase todos os casos, houve mero equívoco por falta de percepção do autor de que o trabalho submetido, em verdade, estava englobado em outro grupo de trabalho. Tal equívoco pode ser explicado por um eventual déficit na visão da amplitude e abrangência dos outros grupos de trabalho, os quais tiveram menor adesão, ao menos em teoria.

Quanto ao conteúdo, primeiramente, denota-se que houve uma ampla variedade de formas de pesquisa e desenvolvimento de trabalhos. Muitos dos trabalhos submetidos foram analisados sob uma perspectiva teórica e filosófica, enquanto outros foram desenvolvidos com base em referenciais práticos.

Naturalmente, verificou-se a predominância de algumas formas de pesquisa em determinadas áreas. A título de exemplo, no grupo de trabalho de Direito Urbanístico e Ambiental e no grupo de Direito Eleitoral, é predominante o desenvolvimento de trabalhos com bases e análises práticas, enquanto nos grupos de Teoria do Direito, Direito Econômico e Direito Financeiro e Tributário, a predominância é de trabalhos notadamente teóricos.

Noutra senda, em algumas áreas, especificamente nas Ciências Criminais e no Direito Constitucional, não é possível se verificar uma predominância de determinada forma de pesquisa. Curiosamente, entre essas duas áreas, percebeu-se uma diferença determinante: a especificidade dos temas dos trabalhos.

Os trabalhos de Direito Constitucional tiveram maior variedade de temas, enquanto nas Ciências Criminais os trabalhos foram em temas não tão distantes entre si. Em um primeiro momento, isso justifica-se pela nítida razão de que o Direito Constitucional pode ser mais abrangente do que as Ciências Criminais em relação à possibilidade de conteúdos, em especial tratando-se de conteúdos emergentes, entretanto, outra justificativa encontrada foi a dificuldade de alguns autores em submeter o seu trabalho em uma área ainda mais específica quando cabível, conforme citado anteriormente.

Muitos dos trabalhos submetidos no grupo de trabalho de Direito Constitucional poderiam facilmente ser submetidos em áreas mais específicas, incluídas ou não no evento. Inicialmente, justifica-se o equívoco de determinadas submissões pela inexistência do grupo de trabalho específico no evento. Contudo, conforme adrede citado, alguns trabalhos foram equivocadamente submetidos no grupo de trabalho de Direito Constitucional, enquanto poderiam ser encaixados em áreas como Direito Urbanístico e Ambiental, por exemplo.

Em breve análise dos trabalhos submetidos, é possível verificar o motivo pelo qual houve equívocos quanto à área: o Direito Constitucional é demasiadamente abrangente. Na verdade, em um primeiro instante, quase todos os trabalhos submetidos ao evento seriam cabíveis, também, no grupo de trabalho de Direito

Constitucional, o que, inicialmente, não se mostra necessariamente um problema.

A possibilidade de se adequar quase todo trabalho na área Constitucional não é a verdadeira complicação. A impossibilidade de se especificar a área adequada, necessitando-se recorrer ao Direito Constitucional para submissão, é que pode se mostrar um verdadeiro defeito. O que se demonstra por tal análise é que, além de mero equívoco, tal impossibilidade pode ser justificada por um possível déficit constitucional na formação dos acadêmicos na atualidade.

A mera justificativa de que o Direito Constitucional é amplo e por tal motivo todo e qualquer trabalho é cabível neste grupo de trabalho, a partir de uma análise profunda, demonstra-se equivocada. Como qualquer outra área, o Direito Constitucional tem seu objeto de estudo específico. Se de outra forma fosse, não haveria áreas específicas.

Contudo, o que se analisou, com base em alguns trabalhos submetidos, é que há certa dificuldade em se adequar determinado trabalho em determinada área. Toma-se como exemplo um possível trabalho tratando de impostos municipais, o qual poderia ser incluído, a depender de sua análise, em áreas como Direito Tributário, Direito Constitucional e, até mesmo, Direito Urbanístico.

Eventualmente, o autor, ao delimitar o tema, possui facilidade em delimitar a área para submissão. Contudo, há determinado empecilho em se verificar quais áreas não se enquadram ou quais se melhor se enquadram. Conforme o modelo anteriormente mencionado, não basta o conhecimento do autor de que o trabalho é cabível no grupo de trabalho de Direito Constitucional, é necessário o pleno conhecimento de que não é cabível (ou "mais cabível") nos outros grupos do trabalho. Para isso, o autor precisa do mínimo de conhecimento nas três áreas.

O fato de algumas áreas serem menos estudadas nas faculdades de Direito dificulta o estudo para se tornar possível a análise mencionada, contudo, há de se verificar que outro fator determinante

é a falta de pleno ensino de Direito Constitucional nas grades de grande parte das faculdades.

A título de demonstração, na grade curricular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo há apenas duas disciplinas obrigatórias de Direito Constitucional, enquanto matérias como Direito Processual Civil e Penal, por exemplo, possuem quatro disciplinas cada. Evidentemente, as disciplinas processuais possuem tanta importância quanto às disciplinas de Direito Constitucional, contudo, verifica-se que na grade curricular de algumas faculdades há priorização de outras disciplinas sobre o Direito Constitucional.[25]

O mesmo ocorre na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Há, também, apenas duas disciplinas obrigatórias de Direito Constitucional, enquanto diversas outras são priorizadas.[26]

A situação não é diversa na Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa, em que pesem sejam três disciplinas obrigatórias de Direito Constitucional,[27] é dado maior destaque a diversas outras disciplinas, como Direito Empresarial (que conta com quatro disciplinas obrigatórias), Direito Processual Civil (que conta, também, com quatro disciplinas obrigatórias) e Direito do Trabalho (que conta com três disciplinas obrigatórias), além de diversas outras.[28]

Ressalta-se que a discussão não é acerca da necessidade de se dar maior destaque ao Direito Constitucional, mas à necessidade de se dar igual destaque a tal área.[29]A falta de importância dada à

---

[25] ESTRUTURA curricular. Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direito.usp.br/graduacao/graduacao_estrutura_curricular_01.php>. Acesso em: 17 fev. 2019.

[26] GRADE curricular. Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <www.direito.ufpr.br/portal/?page_id=1844>. Acesso em: 17 fev. 2019.

[27] Destaca-se que há três disciplinas obrigatórias de Direito Constitucional apenas na nova grade curricular, que passou a vigorar a partir de 2017. Na grade anterior, só havia duas disciplinas obrigatórias de Direito Constitucional.

[28] MATRIZ curricular. Universidade Estadual de Ponta Grossa. Disponível em: <www.uepg.br/catalogo/cursos/2019/direito.html>. Acesso em: 17 fev. 2019.

[29] Insta frisar, ainda, que o Ministério da Educação (MEC), ao instituir as diretrizes curriculares do Curso de Direito, apenas determina que o Direito Constitucional deve compor o eixo de formação profissional, juntamente às outras disciplinas como Direito Administrativo, Civil etc. não havendo

disciplina seguramente gera uma visão simplista e de mera amplitude do Direito Constitucional sobre as demais áreas, o que poderia justificar o ocorrido nas submissões do evento, em que a área de Direito Constitucional, em alguns momentos, foi vista apenas como uma área genérica na qual qualquer trabalho sem melhor encaixe poderia ser submetido.

Não obstante as observações em relação aos grupos de trabalho, em especial quanto ao Direito Constitucional, verificou-se um grande avanço teórico de submissões dos trabalhos em relação a outras experiências de publicação no curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa.

A qualidade dos artigos submetidos mostrou-se elevada e a análise foi profunda, apesar de, naturalmente, existirem possíveis divergências quanto aos temas, às áreas cabíveis e ao seu conteúdo. De forma geral, os trabalhos submetidos se mostraram em um nível de excelência além do esperado.

30 anos de constituição para quem? considerações finais

Pragmaticamente, os resultados do I Congresso de Direito Público UEPG foram frutíferos para o CACS, tendo em vista que este é o primeiro livro organizado por esta associação estudantil. Evidente, portanto, que a repercussão inicial da produção do evento foi alargada à escala nacional, vide a amplitude da divulgação do conteúdo em formato *e-book* e de livre acesso.

Em relação às conferências, há de se inferir que os estudos trazidos pelos pesquisadores são de grande relevância científica para a academia. Frise-se que as pesquisas que realizam possuem sólidos referenciais teóricos, de maneira a reafirmar a necessária cientificidade na defesa de teses jurídicas. De mais a mais, quanto à produção científica do evento, tendo em vista os aspectos

qualquer determinação acerca de número mínimo de disciplinas ou priorização, por exemplo (DIRETRIZES curriculares do curso de direito. Ministério da Educação. Disponível em: <portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/dir_dire.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2019.)

observados, é possível concluir que, em que pese haja um *déficit* do alcance constitucional quanto à abrangência das áreas, foram trabalhados, em sua grande maioria, temas emergentes dentre as áreas contempladas.

Os autores, ao tratar determinados temas em ascensão, como Direito à Assistência Social e Direito dos Povos Indígenas, por exemplo, seja majoritariamente de forma prática ou teórica, demonstraram que, mesmo que de forma indireta, o estudo jurídico de temas que antes eram tratados como remotos ou dispensáveis se tornaram relevantes e que estão, mesmo que pouco a pouco, sendo permeados pela filtragem constitucional.

O estudo de tais temas tratados pelos autores e pelos conferencistas, notadamente sob a perspectiva do Direito Constitucional, demonstra que, ao menos no ambiente acadêmico, está sendo dada tratativa – e de certa forma, alcance – constitucional a temas outrora considerados irrelevantes sob uma perspectiva geral no ambiente jurídico brasileiro.

Por fim, não é possível concluir que o Direito Constitucional já se encontra permeabilizado em todo Direito, visto que este campo do saber é extenso, bem como há nítidos limites nesta discussão em um congresso acadêmico. Entretanto, há de se perceber que a disciplina constitucional, como filtro hermenêutico paulatinamente reverberado no Direito brasileiro, encontra-se em constante avanço. Embora inexista ponto de chegada na luta pela constitucionalização e democratização do Direito, fato é que o caminho já vale por si só. Esta foi a intenção deste Congresso.

Nesta lenta mas inesgotável busca pela constitucionalização do Direito, desejamos boa leitura àqueles que, como aduziu Helena Kolody, lapidam o diamante na noite escura que passa o Direito brasileiro:

Do longo sono secreto
Na estranha escura da terra
O carbono acorda diamante

Referências

BARBOZA, Estefânia; TOMAZONI, Larissa. O Constitucionalismo Feminista na América Latina. In: III CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA, 3., 2017. **Caderno de Resumos.** Curitiba, 2017. p. 331.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. **Publicada no DOU de 05.10.1998.** Planalto. Sítio oficial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jan. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DIRETRIZES curriculares do curso de Direito. Ministério da Educação. Disponível em: <portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/dir_dire.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2019.

DIREITO UEPG. **I Congresso de Direito Público UEPG.** Disponível em: https://www.youtube.com/channel/UCE56RimPfGj1Th8zmJ35rBA. Acesso em: 8 fev. 2019.

ESTRUTURA Curricular. Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direito.usp.br/graduacao/graduacao_estrutura_curricular_01.php>. Acesso em: 17 fev. 2019.

GRADE Curricular. Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <www.direito.ufpr.br/portal/?page_id=1844>. Acesso em: 17 fev. 2019.

INTERNET é a primeira fonte de informações para 47% dos brasileiros, aponta estudo. **Ibope.** 15 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Internet-e-a-primeira-fonte-de-informacoes-para-47-dos-brasileiros-aponta-estudo.aspx>. Acesso em: 29 jan. 2019.

INTERNET most popular information source: pool. **Reuters.** 17 de junho de 2009. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-media-internet-life/internet-most-popular-information-source-poll-idUSTRE55G4XA20090617>. Acesso em: 29 jan. 2019.

MATRIZ Curricular. Universidade Estadual de Ponta Grossa. Disponível em: <www.uepg.br/catalogo/cursos/2019/direito.html>. Acesso em: 17 fev. 2019.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. **Revista do TRT da 15ª Região**, Campinas, n. 17, p. 156-164, dez. 2001.

ODILLA, Fernanda; PASSARINHO, Nathalia; BARRUCHO, Luís. Brasil tem 6,9 milhões de famílias sem casa e 6 milhões de imóveis vazios, diz urbanista. **BBC.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44028774>. Acesso em: 30 jan. 2019.

PESQUISA Nacional - meios utilizados para se informar sobre as eleições de 2018/julho 2018. **Paraná Pesquisas.** 01 de agosto de 2018. Disponível em: <www.paranapesquisas.com.br/pesquisas/pesquisa-nacional-meios-utilizados-para-se-informar-sobre-as-eleicoes-de-2018-julho-2018/>. Acesso em: 29 jan. 2019.

SANTOS, Bárbara Ferreira. Apesar de expansão, acesso à internet no Brasil ainda é baixo. **Exame.** 29 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/apesar-de-expansao-acesso-a-internet-no-brasil-ainda-e-baixo/>. Acesso em: 29 jan. 2019.

VALESCO, Clara. Saneamento melhora, mas metade dos brasileiros segue sem esgoto no país. **G1.** 12 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/saneamento-melhora-mas-metade-dos-brasileiros-segue-sem-esgoto-no-pais.ghtml>. Acesso em: 29 jan. 2019.

Direito Constitucional

2

O Processo Constituinte de 1987-1988 [1]

Adriano Pilatti [2]

Saudações

Boa noite a todas e todos, queria antes de mais nada cumprimentar a Direção do meu querido Centro Acadêmico Carvalho Santos, nas pessoas das jovens e dos jovens que organizam este importante evento: Bruno, Camila, Damaris, Yumi, Alex e todo o pessoal que eu fui conhecendo desde a minha chegada. Queria saudar com muita alegria meu contemporâneo de faculdade, hoje Diretor do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade, Professor Vicente Paulo Hajaki Ribas. Queria também agradecer as carinhosas palavras do Magnífico Reitor Miguel Sanches Neto, de quem sou assíduo leitor. E cumprimentá-los a todos por esse momento, que para mim é muito gratificante.

Foi muito bom assistir a esse maravilhoso vídeo que vocês fizeram sobre a história do nosso Centro Acadêmico; foi muito bom ouvir, na voz das talentosas cantoras que iniciaram os trabalhos desta noite, algumas canções que fazem parte da nossa história de vida e da nossa história política, como bem lembrou o nosso Reitor.

---

[1] Palestra Magna de abertura do I Congresso de Direito Público da UEPG em (8/10/2018), proferida por Adriano Pilatti

[2] Associado Honorário Centro Acadêmico Carvalho Santos (UEPG). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica Rio de Janeiro (PUC-Rio), doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), com Pós-Doutorado em Direito Público Romano pela Universidade de Roma I - La Sapienza. Foi assessor parlamentar junto à Assembléia Nacional Constituinte de 1987-88

E eu quero me permitir então começar, nesta noite que é dedicada à memória num país sem memória, fazendo alguns breves registros sobre algumas coisas que Miguel Sanches Neto e os bravos estudantes disseram ao me anteceder.

Esta Universidade, este Campus e muito especialmente este Auditório da Reitoria fazem parte da minha história pessoal. Comecei a frequentá-los quando tinha 11 anos de idade, porque aqui estava instalado o antigo Colégio Estadual de Aplicação da Universidade. Depois passei a frequentá-lo, mesmo antes de ser estudante universitário, participando do Grupo de Teatro Universitário criado pelo nosso primeiro Reitor, meu saudoso mestre e amigo Álvaro Augusto Cunha Rocha, e da organização do então Festival Nacional de Teatro Amador, o FENATA até hoje existente, coordenado pelo também saudoso Telmo Faria, diretor do GTU. Em 1979, quando ingressei no curso de Direito da UEPG, tive a alegria de, ao lado de bravas e bravos companheiras e companheiros de estudos e sonhos, participar da refundação do CACS que, como todos os centros acadêmicos e outras entidades estudantis deste País, havia sido posto na ilegalidade pela terrível e falsa legalidade da ditadura militar. Aqui também participei da reorganização da UNE, ajudando a viabilizar a participação do Corpo Discente da UEPG nas primeiras eleições nacionais da UNE, eleições diretas depois lastimavelmente abandonadas.

Era exatamente aqui, neste Auditório da Reitoria que nós, entre 1979 e 1980, praticando legítima e arriscadamente a desobediência civil, nos congregávamos pública, coletiva, e ilegal e corajosamente para fazer renascer o Centro Acadêmico Carvalho Santos, desafiando os recados e as ameaças da repressão. À época esta Universidade, como todas as instituições públicas dos Pais, tinha no seu organograma uma Assessoria de Segurança e Informações, encarregada de vigiar e controlar a atuação de professores, funcionários e estudantes, mas nós contávamos de alguma maneira com a simpática compreensão do saudoso reitor Daniel Albach Tavares que, com seu jogo de cintura, e correndo

riscos também, não se dispunha a reprimir nossas iniciativas, e com isso contribuiu para a criação do ambiente que permitiu que reflorescessem os centros acadêmicos da Universidade, e que depois se consolidassem belamente como nós temos visto, no evento de hoje e nesse vídeo a que assistimos.

Aqui na Universidade iniciei minha primeira experiência profissional naquela que era então a Coordenadoria de Assuntos Comunitários, dirigida pelo já evocado e sempre saudoso Álvaro Augusto Cunha Rocha. E aqui neste Auditório, com Fernando Durante e Walter Roberto Kloth, nós criamos o Festival Universitário da Canção, o FUC até hoje igualmente existente; criamos o jornal Baluarte, que era o jornal do DCE, dedicado à luta pela redemocratização e à difusão da cultura; aqui, em assembleias lotadas, nós congregamos os esforços do estudantes no sentido de apoiar as lutas da Reitoria pela conquista do terreno onde hoje está situado o Campus Uvaranas. De modo que me sinto muito à vontade e perfeitamente em casa, e agradeço de coração aos estudantes por este momento, por esta oportunidade de volta ao lar. E, mais uma vez, agradeço a vocês pela honrosa alegria que me deram ao me conceder o primeiro título de Associado Honorário do Centro Acadêmico Carvalho Santos.

O Processo Constituinte de 1987-1988

O assunto que me traz aqui hoje é justamente a história da criação da constituição democrática de vida mais longa em toda história constitucional brasileira, a Constituição Cidadã de 5 de outubro de 88.

Prometo ser econômico no tempo, tanto quanto o tema permite. Mas é importante começar este depoimento sobre o que foi aquele momento singular, riquíssimo e fecundo de instalação e funcionamento de Assembleia Nacional Constituinte nos seus 20 meses de duração — entre fevereiro de 1987 e outubro de 1988 —, e começar por alguns antecedentes que foram evocados pelas canções

que ouvimos aqui no início. Eu quero então recordar alguns momentos que me parecem importantes para entender o contexto em que nasceu a mal compreendida Constituição de 88, e que nos remetem à década de 1970, quando o País ainda vivia os tormentos de uma ditadura feroz e destrutiva, mas se tentava iniciar as lutas pelo que chamávamos de restauração das liberdades democráticas e do Estado de Direito.

Acho que um primeiro fato importante a recordar, sobretudo nos tempos de hoje, em que se quer produzir um esquecimento artificial e inútil sobre os percalços que gerações enfrentaram para construir uma sociedade razoavelmente democrática, esse fato aconteceu no ano de 1975, quando houve em São Paulo um assassinato brutal nas dependências do DOI-CODI do então II Exército, o assassinato de um grande jornalista — e um grande cidadão brasileiro — chamado Vladimir Herzog. Ele era nada menos que diretor da Seção Brasileira da BBC em Londres, uma instituição que todos sabem, está longe de ser comunista. Era, portanto, um dos jornalistas mais prestigiados do mundo e, no início da década de 1970, quando deixou Londres e a BBC para atender um convite do então secretário de Cultura do Estado de São Paulo, José Midlin, para assumir a direção de jornalismo da TV Cultura de São Paulo. E ajudou a fazer do jornalismo da TV Cultura o que ele tem sido há décadas.

Um dia, em outubro de 1985, Vladimir Herzog é procurado por agentes da repressão na sede da TV Cultura. Ele não estava. Quando ele chega, seus colegas estão apavorados e dizem: "Vladimir, reúne sua mulher, a Clarice — a Clarice que chora na canção O Bêbado e a Equilibrista, que nós ouvimos há pouco, Clarice Herzog —, reúne Clarice reúne seus filhos e volta para a Inglaterra que eles estão atrás de você."

E Vladimir Herzog, diz que não, nada disso, que era um cidadão brasileiro, em dia com suas obrigações, tinha profissão, domicílio, estava com seus impostos em dia, nada devia, nada fizera de errado. E que não iria esperar que eles voltassem à sua procura,

que iria lá ver o que eles queriam. E com essa disposição de espírito entrou de manhã num quartel II Exército, e de lá seu corpo saiu à noite, envolto numa versão de suicídio que ninguém no Brasil aceitou.

Há uma canção de Chico Buarque e Gilberto Gil, que estava proibida naquele tempo, que foi liberada justamente quando nós iniciamos nossos estudos aqui, chamada Cálice, que tem um verso que diz: "de muito gorda a porca já não anda/ de muito usada a faca já não corta". Foi mais ou menos esse o sentimento que tomou conta da sociedade paulistana, primeiro, e da sociedade brasileira em seguida. Aquele era um momento em que a censura prévia à imprensa — que alguns querem reintroduzir, inclusive, lastimavelmente, ministros do STF —, estava sendo atenuada pelo então general de plantão na Presidência da República, Ernesto Geisel, e a notícia do assassinato de Herzog, ainda sob a versão oficial de suicídio, percorreu o País. E chegou a todos os cantos — inclusive até nós aqui em Ponta Grossa —, e aquilo foi uma espécie de "gota d'água", ninguém mais aceitava que coisas daquele tipo continuassem a acontecer, e que sobre elas se mentisse.

Isso motivou a realização, na Catedral da Sé em São Paulo, de um culto ecumênico presidido por esse notável brasileiro que foi o cardeal-arcebispo D. Paulo Evaristo Arns, coadjuvado por Henry Sobel, então líder da comunidade judaica de São Paulo, já que Vladimir era judeu, e pelo pastor por James Wright, cujo irmão também tinha sido assassinado pela ditadura militar. E, apesar do cerco militar organizado em torno do centro de São Paulo, para evitar a afluência das pessoas àquele culto ecumênico, a cidadania afluiu em tal quantidade que a Catedral da Sé se tornou pequena, e a praça da Sé também, para conter a multidão reunida para ouvir Dom Paulo, com sua mansidão e firmeza, dizer: Basta!". Aquele pode ser recordado como o momento inicial de retomada pública de coragem da sociedade brasileira na luta pelas liberdades democráticas.

Logo depois, em dezembro de 1976 — meninas e meninos, eu vi — com o Grupo de Teatro Universitário da UEPG, nós estávamos em Salvador, participando do Festival Brasileiro de Teatro Amador. Um dia, no restaurante onde os participantes do festival faziam as suas refeições, o restaurante Camafeu de Oxossi, que ficava no Mercado Modelo de Salvador, estávamos almoçando e entra um senhor de cabelos brancos, gordinho, meio desajeitado, sobe numa cadeira e diz: "Por favor, por gentileza, desculpem interromper o almoço de vocês. Meu nome é Jorge Amado, e eu estou aqui para ler para vocês o Manifesto dos Artistas e Intelectuais Brasileiros Contra a Censura, e pedir para que vocês assinem também". Aquilo foi um momento de grande comoção — eu tinha 15 anos de idade, ainda era secundarista, mas já participava do Grupo de Teatro Universitário junto com minha irmã, Angela Pilatti, que estrelava a peça "Julgamento de Joana", que a partir da história de Joana D'Arc fazia uma alegoria do terror do regime militar. Assinamos todos. Meu pai quase enlouqueceu. Quando nos voltamos ele disse: "Vocês estão malucos! O que eu faço? Vocês vão ser perseguidos!". Mas era um momento em que nós não tínhamos mais paciência de ter medo, e talvez nós tenhamos que experimentar sentimentos como esse, daqui para frente, se as pessoas não tomarem juízo.

Logo depois, em 1977, reinicia-se justamente a luta pela reorganização da entidades estudantis, a luta pela liberdade sindical, e no dia 11 de agosto de 1977 — esse é um momento particularmente importante para nós, da comunidade jurídica brasileira — que, como vocês sabem, é o dia de criação das Faculdades de Direito do Brasil, naquele 11 de agosto se completavam 150 anos da criação das primeiras faculdades de Direito do Brasil.

A comunidade jurídica então se reuniu em torno daquele que era uma espécie de mestre dos mestres da comunidade jurídica, o saudoso jurista Goffredo Silva Teles Junior, que foi casado com uma das maiores escritoras brasileiras, Ligia Fagundes Telles, que tinha sido constituinte na última constituinte democrática que o Brasil tivera — a de 1945/46 — , e pediu ao grande professor Teles que

redigisse uma mensagem da comunidade jurídica brasileira ao povo brasileiro. O Congresso Nacional acabara de ser fechado mais uma vez pelo ditador de turno, o general Geisel. Depois de fechar o Congresso e cassar mandatos e direitos políticos de oposicionistas, Geisel tinha usurpado o poder constituinte derivado e imposto uma reforma do Poder Judiciário que restringia ainda mais o acesso à Justiça — sobretudo para questionar a arbitrariedade do poder. E Goffredo Teles Júnior então produz um documento histórico que vocês devem ler — é só digitar Carta aos Brasileiros, há um site belíssimo que conta essa história e traz o texto. Um texto em que Teles Júnior, reavivando as noções elementares sobre legitimidade, legalidade e constitucionalidade do poder, afirma aquelas verdades que muitos gostariam de dizer e não tinham coragem de fazê-lo. E Teles Júnior era intocável, era "imprendível", como se dizia na época. Eu destaco uma frase que nunca mais saiu da minha cabeça: "Imposta, toda ordem é violência".

Quando eu li aquela Carta aqui em Ponta Grossa —naquele momento difícil que vocês conhecem muito bem, em que a gente está concluindo o ensino médio e pensando o que vai fazer da vida —, aquilo me afetou de tal modo que eu disse: "olha aí, acho que eu vou fazer Direito mesmo..." E a leitura daquele texto me trouxe até aqui hoje para conversar com vocês.

É importante fazer esses registros para não esquecermos que a luta pelo Estado de Direito, a história da luta pelo restabelecimento do regime representativo, que hoje nós olhamos com um certo desdém, custou muito, muito tempo, muito sacrifício, muito esforço para muitas gerações, e isso precisa ser levado em conta quando nós olhamos para o presente e para o futuro. Nesse processo de reconquista do Estado brasileiro pela sociedade, nós tivemos ainda — quero assinar brevemente — entre 1978 e 1979, uma das mais generosas campanhas de mobilização social que este País já viveu, que foi a campanha pela Anistia Ampla, Geral e Irrestrita, pelo retorno dos exilados políticos, pelo fim das prisões políticas. E, no dia 25 de outubro de 1978, quando o assassinato de Vladimir Herzog

completava 3 anos, um jovem juiz federal de São Paulo — que depois se tornou desembargador do Tribunal Regional Federal sediado em são Paulo — um nome que pronuncio com muita reverência, Márcio José de Moraes, prolatou uma sentença que vocês também precisam conhecer, pela sua riqueza doutrinária e pela sua relevância histórica.

O que aconteceu? Inconformada com o assassinato do seu marido e pai dos seus filhos, Clarice Herzog, convocou advogados — bravos advogados — que se arriscaram muito por aceitarem e conduzirem aquela causa, entre eles meu querido colega Sérgio Bermudes, lá da PUC-Rio, e pediu a eles que encontrassem um meio processual, não de obter uma indenização pela morte da Herzog, inindenizável, mas um meio processual para declarar o Estado brasileiro como responsável pela morte de seu marido e do pai dos seus filhos. Esse processo inicialmente foi distribuído a um juiz já no final de sua carreira, altivo, que não tinha mais nada a perder. E quando a ditadura percebeu que aquele juiz estava disposto a levar aquele processo até o fim para fazer Justiça, começou a adotar todas as medidas protelatórias para que o juiz caísse na "expulsória" — como nós amamos a aposentadoria compulsória por idade —, e pudesse ser substituído por outro talvez "mais maleável". O que aconteceu em parte, de fato, pois o juiz se aposentou e o processo foi redistribuído para um jovem juiz, 32 anos de idade, recém-iniciando sua carreira de magistrado. Com tudo a perder, num momento em que o tenebroso Ato Institucional nº 5 permitia ao ditador de plantão aposentar compulsoriamente até mesmo juízes, aniquilando a independência do Judiciário.

Na primeira entrevista que deu sobre o caso, 25 anos depois de prolatar essa magnífica sentença, dizendo inicialmente que juiz fala nos autos e não para a imprensa — uma lição que precisa ser recordada pela magistratura brasileira —, Márcio José de Moraes disse que seus colegas e amigos, ante sua disposição de declarar a responsabilidade da União Federal pela morte de Herzog, lhe lembravam que o processo de abertura democrática estava

caminhando, que o AI-5 já tinha data marcada terminar sua vigência, e que isso aconteceria em poucos meses, a 1º de janeiro de 1979. Aconselhavam-no a esperar para dar a sentença, de modo a não correr mais risco de aposentadoria compulsória, suspensão de direitos políticos e outras barbaridades que poderiam lhe acontecer durante as últimas noites de vigência do infame Ato. E Márcio diz na entrevista que tinha a profunda convicção de que precisava prolatar a sentença ainda sob AI-5, para demonstrar que isso era possível e necessário, para demonstrar que a Justiça não pode ter medo. E foi assim que prolatou a sentença, essa sentença riquíssima do ponto de vista da sua fundamentação doutrinária, e que continua a brilhar na história como um momento importantíssimo na luta pela restauração das liberdades e do Estado de Direito no Brasil.

Entre 1980 e 1981, quando eu já estava em processo de transferência para a Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, nós enfrentamos ainda toda uma série de atentados terroristas promovidos pelo Estado brasileiro, como a carta-bomba enviada ao então presidente do Conselho Federal da OAB, Eduardo Seabra Fagundes, que foi aberta por dona Lida, sua secretária e mãe do meu grande amigo Luís Felipe, dona Lida que morreu naquele brutal atentado. Bombas também explodiram na Câmara Municipal do Rio de Janeiro, mutilando um servidor, e em bancas de jornais que vendiam jornais e revistas que contestavam a ditadura militar foram incendiadas, um horror.

E assim chegamos à noite de 30 de abril de 1981, quando todos os grandes talentos da música brasileira, como já vinham fazendo há alguns anos, reuniram-se no pavilhão do Riocentro, lá no Rio de Janeiro, para o já tradicional show de Primeiro de Maio, destinado a arrecadar fundos para a reorganização das organizações sindicais também asfixiadas pela ditadura. Naquela noite cerca de 20 mil jovens — eu inclusive, já residindo no Rio — escapamos de nos matarmos todos uns aos outros pisoteados, porque oficiais do exército, e isso já está comprovado fartamente, fizeram instalar três bombas no pavilhão, sendo uma delas embaixo do palco e duas na

casa de força e trancaram as saídas de emergência.. Para que as explosões provocassem *blackout*, pânico, pisoteamento e nos massacrássemos lá dentro tentando sair. E se conseguíssemos sair, uma metralhadora postada na frente da entrada principal nos aguardaria. Felizmente as bombas na casa de força falharam e outra explodiu no colo de um dos terroristas, e assim a catástrofe foi evitada. Isso só produziu em nós um efeito: concluir que não havia alternativa, era vencer a ditadura, ou morrer como gado.

Em 1982 reconquistamos o direito de eleger os governadores de estado, e nas principais unidades da Federação foram eleitos governadores de orientação democrática e oposicionista em relação à ditadura: Franco Montoro em São Paulo, Leonel Brizola no Rio de Janeiro, Tancredo Neves em Minas Gerais, e José Richa aqui no Paraná. Eleitos e empossados, ajudaram a acelerar a luta pelo restabelecimento da democracia. Em 1984, com apoio desses governadores, a sociedade brasileira se reencontrou consigo mesma, bela, festiva e pacificamente nas ruas, naquela que foi a maior campanha cívica já vista neste País, a Campanha das Diretas Já.

A vida me deu muitas vezes o privilégio de estar no lugar certo na hora certa, e um deles foi estar na Avenida Presidente Vargas no meio aquela multidão de um milhão de pessoas no comício de abril de 1984. Sucediam-se os oradores e de repente aproxima-se do microfone um velhinho muito alquebrado, cabelos branquíssimos, e com um fiapo de voz ele diz: "Façam silêncio para que eu possa falar à Nação brasileira". E como que por milagre, milagre de fazer inveja a qualquer professor em sala de aula, de repente, um milhão de pessoas ficaram em silêncio. Para ouvir o velho campeão das liberdades Sobral Pinto ler o texto que ainda estava presente na Emenda nº 1 de 1969, e que desde a Constituição de 1934 enunciava uma verdade muito simples: "Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido". Uma verdade reescrita, de forma ampliada, no parágrafo único do art. 1º da Constituição de 1988, de modo a conjugar o princípio da participação direta dos cidadãos com o princípio representativo: "Todo poder emana do povo, que o exerce

por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

Eu penso que Assembleia Nacional Constituinte é filha legítima da Campanha das Diretas. Como vocês sabem, a Campanha das Diretas foi malsucedida imediatamente, porque quando se foi votar a proposta de emenda que restabeleceria as eleições diretas para a Presidência da República, o Congresso foi cercado pelo Exército e, sob as miras do fuzis, muitos congressistas se acovardaram ou permaneceram acumpliciados com o regime autoritário. Embora a PEC das Diretas tenha obtido maioria na votação, não atingiu o quórum estratosférico de 2/3 dos votos, então exigidos pela Emenda nº 1/69, a famigerada Carta dos "Três Patetas". A única na história do planeta que, ao invés de começar o seu preâmbulo com a tradicional locução que vem desde a Constituição Norte Americana de 1787 — "nós o povo", ou "nós, os representantes do povo" —, começava assim: "Os ministros da Marinha de guerra, da Aeronáutica Militar e do Exército promulgam a seguinte Emenda à Constituição do Brasil".

Mas a derrota das Diretas abriu caminho para uma transição por compromisso, que reuniu os esforços dos setores mais moderados da ditadura e dos setores mais moderados da oposição, o que se corporificou na chamada "Aliança Democrática", que resolveu disputar, no Colégio Eleitoral da Ditadura — onde se "elegia" os presidentes durante o regime militar — a eleição presidencial contra Paulo Maluf, que era o candidato do partido da Ditadura. A mais legítima flor da corrupção brasileira representando o mais corrupto dos regimes da história brasileira, que foi a Ditadura Militar. Só não se sabia porque havia censura prévia. Só não se investigava porque quem investigasse poderia ser destituído, desapossado de seus direitos políticos, preso ou morto. Esta é a diferença. Quem não conhece a história, diz bobagem.

Essa chapa se corporificou, feliz por um lado, e infelizmente por outro, nas figuras de Tancredo Neves, o líder moderado da oposição, candidato a presidente, e José Sarney, o ex-líder moderado

do partido ditatorial, candidato a vice-presidente. Como vocês sabem, à véspera da posse, uma doença terrível acometeu o presidente Tancredo, e ao invés de vê-lo empossado, nós vimos empossado em 15 de março de 1985 justamente o último *office boy* congressual da ditadura militar, que foi José Sarney. Mas Sarney herdara alguns compromissos de Tancredo e da chamada Aliança Democrática, entre eles o compromisso de convocar uma Assembleia Nacional Constituinte livre e soberana. E Sarney não teve outra alternativa senão cumprir, porque era o que as ruas esperavam. E aí começou uma segunda luta que nos leva diretamente ao processo constituinte em sentido estrito: que forma essa Constituinte teria?

Havia duas alternativas: aquela preferida pelos setores dominantes ainda ligados ao regime militar, ou recém-distanciados dele, que era conferir poderes constituintes ao Congresso Nacional a ser eleito em 15 de novembro de 1986; e outra, que era a tese da então chamada sociedade civil brasileira — a tese da Ordem dos Advogados do Brasil, da Associação Brasileira de Imprensa, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, do Movimento Estudantil, dos movimentos sindicais, dos movimentos de empresários pela democracia (já houve isso neste País) —, era a defesa de uma constituinte exclusiva. Ou seja, a eleição de representantes para única tarefa elaborar a Constituição e voltar para casa, para que não tivessem os constituintes interesse corporativo em matérias relativas ao parlamento, e para que a eleição desses representantes escapasse das camisas de força que a composição do Congresso Nacional sofria de acordo com a Carta ditatorial, cujas regras eleitorais pré-garantiam o controle majoritário do Legislativo pelas velhas oligarquias do "Brasil profundo" na época, especialmente as do Norte, do Nordeste e do Centro-Oeste (que eram super-representadas dentro do Congresso Nacional).

Lamentavelmente, perdemos de novo. Sarney conseguiu reunir maioria suficiente no Congresso para impor a via da

constituinte congressual, e isso tomou a forma de um ato político que foi uma emenda à Carta ditatorial, a Emenda nº 26, promulgada em 27 de novembro de 1985, que conferiu poderes constituintes ao Congresso a ser eleito em 1986. Naquele momento, nós pensamos todos que o jogo estava perdido. Que o sonho tinha sido bom enquanto durara, mas que já estava tudo novamente dominado, e o que nós veríamos seria uma restauração comportadinha da velha Constituição de 1946, a restauração das instituições representativas e nada mais. Além disso, no início de 1986, o governo Sarney utilizou-se de um outro expediente, um expediente econômico, para fins políticos: o Plano Cruzado, de combate à inflação, e que coincidentemente foi revogado 48h depois das eleições constituintes de 15 de novembro. No primeiro e num dos maiores estelionatos eleitorais que nós vivemos ao longo do processo de transição democrática e da vida democrática posterior no Brasil.

Com a popularidade do Plano Cruzado, os partidos que então compunham o governo, o velho PMDB — que pouco tem em comum com o atual —, que era uma frente contra a Ditadura nascida da ampliação do MDB "velho de guerra", e congregava democratas de direita, de centro e de esquerda; e o PFL, um dos sucessores do partido de sustentação da ditadura, a ARENA, saem dessa eleição, graças ao Plano Cruzado, com amplo controle do Congresso. Só para vocês terem uma ideia, o PMDB elegeu 307 dos 559 constituintes e 21 dos 22 governadores à época. Novamente pensamos: perdemos. Tá tudo dominado. Esse Congresso vai passar um rolo compressor. Não há muita esperança de que a Constituinte traga tudo por que a sociedade anseia nos seus mais diversos setores.

Foi nesse clima que se instalou a Assembleia Nacional Constituinte em 1º de fevereiro de 1987. Me permitam um outro registro pessoal: Ponta Grossa o os Campos Gerais elegeram um deputado federal constituinte, meu saudoso amigo Jovanni Masini, um grande amigo que herdei de meu pai. Um liberal verdadeiro, que acreditava nas liberdades não só econômicas, mas políticas, individuais e coletivas, e a quem não faltava uma grande

sensibilidade social, e que foi um dos vice-líderes do gigante Mario Covas, líder do PMDB que acabaria por ser uma espécie de líder informal do chamado bloco progressista de que falarei em seguida. Eu estava concluindo o mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional na PUC-Rio quando o Masini me convidou para ser seu assessor em assuntos constitucionais, e lá fomos nós para Brasília. E foi um outro privilégio com que a vida me agraciou, o de participar, modestamente, daqueles trabalhos, de acompanhar — dia a dia, hora a hora, nas negociações de bastidores, nos encontros de liderança, nas sessões que iam até duas, três da manhã, sábados, domingos, durante vinte meses — os trabalhos dos Constituintes. Especialmente, o privilégio de participar da elaboração de algumas das emendas propostas pelo constituinte pontagrossense, e que vieram a integrar o texto constitucional, como: a disposição transitória que antecipou a vigência das limitações ao poder de tributar ou garantias constitucionais dos contribuintes (ADCT, art. 34 § 1º); a emenda que produziu o acordo entre conservadores e progressistas sobre o procedimento de desapropriação de imóveis rurais para fins reforma agrária (CF, art. 184, § 3º); além das emendas que reintroduziram no Projeto de Constituição os princípios do asilo político (CF, art. 4º, inciso X), e da proteção ao trabalho da mulher (CF, art. 7º, inciso XX), primeiro consagrados e depois suprimidos nas versões anteriores.

As primeiras questões que toda Constituinte livre e soberana tem de enfrentar quando se instala são: como se organizar internamente, e como estruturar o procedimento de elaboração constitucional. Sarney havia tentado influenciar o processo constituinte com mais um expediente. Realizando um plano de Tancredo Neves, criou uma "Comissão de Notáveis" para elaborar um anteprojeto a ser enviado à Constituinte, e assim tentar influenciar as suas deliberações. Essa Comissão foi criada em meados de 1985; sua presidência foi entregue ao vetusto jurista chamado Afonso Arinos de Mello Franco, golpista arrependido de seu apoio à implantação da Ditadura. Mas essa manobra irritou toda

sociedade brasileira. “Não queremos um prato feito. Não queremos um comissão de notáveis. Não queremos mais um vez um projeto dirigido pelo governo”. E aí tudo começou a ser questionado, a começar pela composição da Comissão. E então foi preciso ampliá-la incluir ali juristas com orientação mais fortemente democrática, como um grande amigo que fiz na Constituinte, o mestre dos mestres de Direito Constitucional, José Afonso da Silva, que era assessor para assuntos constitucionais do senador Mário Covas, e que foi certamente o jurista que mais influenciou a elaboração da Constituição de 1988; foi preciso incluir um líder sindical, José Francisco da Silva, presidente da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura; foi preciso democratizar os trabalhos da Comissão, publicizar sua reuniões e decisões, abri-la para o oferecimento de propostas da sociedade. E o resultado foi que, no dia 18 de setembro de 1986, quando teriam se completado os 40 anos da Constituição de 1946, o Senador Arinos entregou a Sarney o Anteprojeto Comissão, que era de tal forma avançado no sentido democrático e social que Sarney simplesmente o engavetou, e nunca o enviou oficialmente à Constituinte. Porém ele já se tornara público, e foi certamente um dos textos mais consultados durante a Constituinte, que acabou incorporando muitos dos avanços que nasceram da Comissão Arinos.

Como fazer para elaborar a Constituição? A Constituinte recusou desde logo ser orientada pelo Executivo. Naquele momento a frente que dava sustentação ao governo começava a dar sinais de esgotamento e de desagregação. Era preciso definir o processo de elaboração constitucional por meio de um ato normativo chamado Regimento Interno que, como vocês sabem, é o nome dado aos atos normativos que organizam e regem os trabalhos de qualquer órgão colegiado. Iniciou-se então a então chamada “Batalha do Regimento”. A Constituinte já tinha um presidente eleito, saudoso “Senhor Diretas”, gigante dos gigantes, Ulysses Guimarães, que havia sido um dos líderes de todo o processo de luta pela redemocratização do País, e era liderança incontestável da

Constituinte. Mas doutor Ulysses tinha lá suas artimanhas, e ele queria um regimento centralizador que fosse aprovado em uma semana. A gritaria foi geral. E o constituinte designado para ser o relator do regimento foi Fernando Henrique Cardoso.

Elaborou-se ali um projeto de regimento que era centralizador e procurava manter o processo constituinte sob controle das lideranças do PMDB e do próprio governo, mas esbarrou primeiro na sede de participação dos próprios constituintes, que era supra-ideológica. Todos queriam participar, ninguém queria apenas seguir e homologar as decisões dos líderes. Todos queriam ter voz no capítulo. E ao mesmo tempo havia uma grande pressão da sociedade brasileira, em todos os setores, no sentido de que o processo de elaboração constitucional se abrisse à participação da sociedade. Moral da história: o Regimento que era pra ser aprovado em uma semana levou dois meses sendo discutido, e ao final chegou-se a um método inédito em nossa história, e no próprio Direito Constitucional Comparado, que fez a Constituinte partir do zero, não entregar a elaboração do texto-base a uma grande comissão — como acontecera em várias outras constituintes brasileiras anteriores —, mas adotar um procedimento muito aberto e muito descentralizado. Como aconteceria? Vou tentar explicar da maneira mais simples possível.

Pensem no texto da Constituição que temos, que nasceu desse processo. Vamos pensar, por exemplo, no Título IV: "Da Organização dos Poderes". Tem lá um capítulo sobre o Poder Legislativo, um capítulo sobre Poder Executivo, um capítulo sobre o Poder Judiciário e as chamadas Funções Essenciais à Justiça. Como se organizou a Constituinte? Com base no repertório temático das nossas constituições anteriores e de constituições democráticas contemporâneas, e com a preocupação de assegurar a participação de todos os constituintes, chegou-se à identificação de 24 grandes temas, a serem, numa primeira fase, objeto de anteprojetos elaborados pelas então chamadas subcomissões. Por exemplo: Poder Legislativo, um tema; Poder Executivo, outro tema; Poder Judiciário

e Funções Essenciais, um terceiro tema, cada um atribuído a uma subcomissão. Então dividiu-se o conjunto dos 559 constituintes, ressalvados os membros da Mesa da Assembleia, em 24 subcomissões. Cada constituinte podia ser titular de uma e suplente de outra. E cada uma dessas subcomissões elaboraria o anteprojeto do capítulo constitucional sob sua competência. Num segundo momento, três a três, esses anteprojetos das subcomissões eram reunidos em oito anteprojetos, elaborados por oito comissões temáticas, que correspondem a mais ou menos ao títulos da Constituição atual, e da qual participavam os integrantes das três subcomissões respectivas. Então, por exemplo: a Comissão de Organização dos Poderes tinha a Subcomissão do Poder Executivo; a Subcomissão do Poder Legislativo e a Subcomissão do Poder Judiciário e das Funções Essenciais à Justiça.

Assim garantiu-se a participação efetiva de todos os constituintes na elaboração do texto constitucional. Vinte e quatro subcomissões, 24 anteprojetos reunidos três a três pelas oito comissões em oito novos anteprojetos. Pensem num relógio de areia, numa ampulheta: uma primeira fase, de base, com 24 subcomissões; uma segunda fase, mais afunilada, com oito comissões temáticas; e o vértice da ampulheta representado por uma Comissão de Sistematização, que tinha membros natos, mas que também era integrada pelos 32 relatores das 24 subcomissões e das 8 comissões, e pelos 8 presidentes das 8 comissões. E depois, a fase final de Plenário, quando Projeto de Constituição elaborado pela Comissão de Sistematização, unindo num único texto os 8 anteprojetos das comissões, que haviam nascido dos 24 anteprojetos das subcomissões, seria discutido e votado pelo conjunto dos 559 constituintes em dois turnos de votação. Era esse o procedimento que permitia, portanto uma ampla descentralização e, por meio dela, uma ampla participação parlamentar. Mas que, pelo seu conteúdo temático, já apontava para o modelo chamado de constituição analítica ou dirigente desejado pela sociedade brasileira. Uma constituição que não tratasse apenas da organização

dos poderes e dos direitos individuais, mas que tratasse de direitos sociais; que tratasse de questões que representam dívidas históricas como a questão dos índios, a questão das crianças, a questão da cultura, da comunicação social, enfim, as questões concretas da vida individual e coletiva da sociedade brasileira.

A segunda grande surpresa que ocorreu na elaboração do Regimento foi a conquista da participação da sociedade civil, não prevista no projeto inicial. Numa primeira fase, garantiu-se a participação por meio da livre apresentação de sugestões de qualquer cidadão ou entidade da sociedade civil, e milhares foram recebidas. Na fase das subcomissões e comissões, a participação se deu por meio da obrigatoriedade desses órgãos realizarem audiências públicas. Vem daí essa prática, em que o monopólio parlamentar da palavra é rompido, e representantes da sociedade civil são convidados a tomar a palavra para apresentar sugestões e críticas sobre os textos em elaboração. Por exemplo, numa das matérias mais polêmicas na Constituinte, a reforma agrária, era obrigatório reunir representantes dos proprietários rurais, representantes dos trabalhadores rurais, representantes dos sem-terra para discutir, livre e democraticamente, o texto que estava sendo elaborado, e assim em todos os temas. E a participação foi também garantida pela consagração regimental do direito de apresentar emendas populares ao Projeto de Constituição elaborado pela Comissão de Sistematização. Bastava reunir 30.000 assinaturas e a chancela de três entidades da sociedade civil legalmente organizadas, quaisquer que fossem, para que a cidadania tivesse um direito de apresentar emendas ao projeto da Constituição, e seu primeiro signatário tivesse também direito à tomada da palavra, para defender essa emenda na tribuna da Constituinte, rompendo mais um vez o monopólio parlamentar da fala.

Isso permitiu momentos inesquecíveis, e alguns deles tive o privilégio de testemunhar. Pela primeira vez na história do País, um cidadão homossexual tomou a palavra do parlamento brasileiro nessa condição, para defender o direito às proteções contra o

preconceito e a discriminação. Uma liderança indígena, o então jovem cacique Krenak — esse foi um dos momentos mais impactantes da Constituinte — assumiu a tribuna para defender a emenda que procurava garantir a até hoje não efetivada demarcação das terras indígenas, dos primeiros proprietários da terra. E Krenak começou a falar, e enquanto falava foi pintando o próprio rosto com urucum. E, ao finalizar, ele disse que, em sua cultura, aquela era a pintura de preparação para a guerra. E afirmou que os indígenas tinham vindo em paz, esperando ser ouvidos pelos homens brancos, esperando que os homens brancos tivessem sensibilidade de garantir a pouca terra que ainda lhes restava. Mas que tinham vindo para avisar que, caso não fossem atendidos, estariam preparados para a guerra. Há 30 anos eles avisaram. E continuam tendo uma enorme paciência.

Foram apresentadas 122 emendas populares, que reuniram, juntas, cerca de 12 milhões de assinaturas, além de centenas de outras não reuniram o mínimo de 30 mil subscrições. Dessas 122, mais de 80 foram incorporadas ao texto da Constituição de 5 de outubro de 1988. Nunca houve Constituição como esta em nossa história constitucional, e na história constitucional na maioria dos povos. Nunca uma Constituição nasceu de um processo tão rico, tão amplo, tão aberto, tão participativo de participação popular. Mais de 12 milhões de brasileiros à época (nossa população estava em torno de 120 milhões), 10%, portanto, da população brasileira subscreveram as emendas populares. Essa é a certidão de nascimento da Constituição Cidadã.

Durante a fase das comissões e subcomissões, incluindo a Comissão de Sistematização, a minoria progressista na Constituinte — a esquerda do PMDB, liderada por Covas, e os partidos de esquerda —, conseguiu grandes vitórias nas deliberações sobre os anteprojetos e projetos. Isso foi possível graças a uma brilhante estratégia de Mário Covas. De acordo com o princípio da proporcionalidade partidária, cada partido deve ter, em todas as comissões, o mesmo percentual de cadeiras que tem no Plenário. O

PMDB tinha, portanto, maioria absoluta no Plenário, nas comissões e subcomissões. Poderia eleger os presidentes, encarregados da direção dos trabalhos, e escolher os relatores, encarregados de elaborar os anteprojetos, que quisesse. Mas Covas propôs aos demais partidos um acordo que entregava a esses presidências das comissões e subcomissões, em troca das relatorias. Com isso, conseguiu, primeiro, indicar constituintes progressistas para a maioria das relatorias, e assim a vantagem progressista de definir o texto-base das discussões. E conseguiu, em segundo lugar, garantir uma presença progressista mais ampla na Comissão de Sistematização, pois para lá iriam todos os 32 relatores, em grande parte progressistas, das comissões e subcomissões, ao passo que, dos 32 presidentes, em grande parte conservadores, só 8 iriam para a Sistematização. E isso facilitou muito a goleada progressista naquele foro.

Tal resultado deveu-se também ao nível de aprofundamento das discussões que esse processo descentralizado permitiu, bem como à força da presença efetiva da sociedade brasileira ali, o que é atestado pelo registro de que cerca de 10 mil pessoas adentravam o edifício do Congresso Nacional por dia, durante a Constituinte, para apresentar suas reivindicações, suas propostas. Todos, trabalhadores, empresários, intelectuais, artistas, todos os setores da sociedade brasileira livremente tinham acesso às galerias, aos gabinetes, e aos plenários das comissões nas audiências públicas.

E assim chegamos a novembro de 1987, quando se concluiu o trabalho da Comissão de Sistematização, e o Brasil conheceu então o primeiro texto do Projeto de Constituição que seria votado no Plenário da Constituinte. O Projeto era de tal maneira avançado no reestabelecimento das intuições democráticas, na restituição de direitos, na definição de políticas públicas para a correção das injustiças sociais e do atraso econômico, que os setores mais conservadores e privilegiados da sociedade brasileira, (que tinham maioria na Constituinte, mas apesar disso estavam engolindo derrota sobre derrota até ali), tomaram um susto. E, como costuma

acontecer em nossa história, esses setores não se conformam em perder o jogo. Fizeram o quê? Resolveram mudar as regras do jogo no intervalo entre o primeiro e o segundo tempo. E assim nasceu o primeiro Centrão, codinome de uma direita que naquele momento não ousava disser seu nome.

O Centrão reuniu aquilo que mais adiante Fernando Henrique insuspeitamente chamaria de "vanguarda do atraso", a maioria absoluta dos constituintes, e promoveu uma alteração no Regimento Interno da Constituinte, de acordo com a qual Projeto de Constituição resultante de todo aquele esforço descentralizado e participativo, de todo aquele processo de argumentação que transcorrera durante 9 meses na Assembleia Nacional Constituinte, pudesse ser deixado de lado, e essa maioria conservadora pudesse retirar do bolso do colete, título a título, capítulo a capítulo, emendas globais que substituiriam o texto anterior. E conseguiram. Conseguiram mudar o Regimento, contra o voto de Covas, Masini e todo o setor do PMDB que respeitava seu líder. Embora concordasse com algumas teses econômicas do Centrão, Masini não concordava com rupturas de regras do jogo, e foi de uma fidelidade incrível a essa grande figura, responsável por muitos dos maiores avanços que a Constituinte apresentou — e a Constituição consagra — que foi o senador Mário Covas.

Mas o Centrão não estava acostumado efetivamente ao jogo democrático. Mudou mal o Regimento Interno, e criou a possibilidade da ocorrência daquilo que chamávamos então o "buraco negro", ou seja, não ser aprovada nenhuma proposta sobre determinado tema. Nem as do Projeto de Constituição, nem as das emendas do Centrão. E embora tivesse quantitativamente a maioria, não tinha maioria de fato, porque os grandes senhores que integravam o Centrão tinham mais o que fazer com as suas empresas e seus latifúndios, e eram os menos assíduos à Constituinte. Pouco compareciam. A única seção que reuniu todos os 559 dos constituintes foi a que garantiu ao presidente Sarney cinco anos de mandato. E assim, por incrível que pareça, na primeira

votação em Plenário, o Centrão, que se manifestava como um rolo compressor, perdeu a votação quando tentou substituir a proposta do preâmbulo da Constituição — toda ela carregada de valores, como vocês conhecem — por uma proposta absolutamente anódina, inodora, insípida, incolor, produzida pelos juristas do poder econômico.

Primeira votação e o Centrão perde. E sob a liderança de Mário Covas, o chamado bloco progressista da Constituinte, que defendia o Projeto de Constituição regularmente aprovado, exigiu, para aprovar o preâmbulo que nasceria de uma fusão de redações, que o Centrão concordasse em inscrever na Constituição aquilo que ele não admitia de forma nenhuma, que é o parágrafo único do artigo primeiro da nossa Lei Maior. Segundo o qual não somente todo o poder emana do povo, mas "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", abrindo caminho, como vimos, para um modelo de democracia participativa a ser exercitada por plebiscito, por referendo, por iniciativa popular legislativa, por ação popular e outros modos de participação direta que a Constituição consagra.

Perdeu também o Centrão a votação que provocou o primeiro buraco negro — pasmem vocês — justamente a votação sobre o direto de propriedade. Não subsistiu texto do Projeto de Constituição; não subsistiu o texto da emenda do Centrão; não subsistiram todas as outras emendas, inclusive a do constituinte Lula, que previa a socialização dos meios de produção, e criou-se o buraco negro. E aqui, de novo, sob a liderança de Mário Covas, forçou-se a maioria conservadora a aceitar um acordo favorável a algumas teses progressistas. Covas, assessorado por José Afonso da silva, a sua vez inspirado na tese de João Mangabeira na Comissão do Itamarati em 1933, sustentava que o direito de propriedade não é direito fundamental, é matéria de ordem econômica, e não precisaria figurar no capítulo dos direitos individuais. Mas se fosse para figurar lá, o Centrão precisaria fazer concessões, permitindo incluir propostas progressistas para os capítulos das reformas

urbana e agrária. Não restou ao Centrão senão aceitar e, com base nesse acordo, fez-se a aprovação do que hoje são os incisos XXII e seguintes do artigo 5º.

E assim aconteceu com a maior parte dos conteúdos, cujas votações foram antecedidas por amplos acordos. Ou seja, por vias meio tortas, o processo constituinte acabou chegando ao resultado virtuoso. Se uma Constituição é o mínimo denominador comum, não cabe à maioria o direito de passar o rolo compressor sobre as minorias. É preciso que o texto seja pactuado, consensuado. A partir daí, ganhou muita importância uma instituição que foi preservada depois da Constituinte, o Colégio de Líderes, em que todos os líderes de partidos, independentemente do número de cadeiras que o partido tivesse na Constituinte, porque todos que apresentavam algum setor da sociedade brasileira — ainda que minoritário — eram ouvidos. E se buscava construir os acordos, e se buscava por meio de uma nova figura do processo legislativo, que nasceu também da Constituinte, as fusões de emendas, que hoje são chamadas de emendas aglutinativas nos regimentos parlamentares. Por meio delas foi possível que se chegasse à redação aceita por todos os líderes, ao mínimo denominador comum, à solução de compromisso de uma Constituição que, devendo valer para todos os brasileiros e ser obedecida por todos os brasileiros, devesse refletir, ainda que minimamente, os interesses as inspirações e as expectativas de todos os brasileiros.

E assim chegou-se ao final do penúltimo capítulo, com o encerramento das votações do primeiro turno. Havia um segundo turno ainda, que era sobretudo confirmatório, pois nele só se poderia aprovar emendas supressivas, para tirar algo do texto constitucional. E aí ocorreu uma tentativa de golpe: no dia 25 de julho de 1988, Sarney se deu ao desfrute de se deixar fotografar ladeado pelos, à época, quatro ministros militares (havia quatro ministérios militares), e na noite no dia 26 de julho convocou uma cadeia de rádio e televisão para dizer que aquela Constituição que estava sendo elaborada — legitimamente — iria deixar o país

"ingovernável". A tese da ingovernabilidade, que até hoje circula por aí, nasceu naquele momento.

Tentava-se um golpe de força; tentava-se mais uma vez se jogar fora todo o processo de elaboração constitucional que democraticamente avançava. A tarde do dia 27 de julho foi uma das tardes mais eletrizantes em Brasília. Toda a Constituinte, mesmo os conservadores, indignados com aquela arrogância, correram na direção do doutor Ulysses, como acontecera tantas vezes — Ulysses era uma espécie de uma grande galinha-mãe, que sob suas asas acalmava e pacificava, como pintinhos, as correntes em conflitos —, apelando para que ele respondesse a Sarney, de presidente para presidente. E o doutor Ulysses não hesitou: com os poderes que o Regimento Interno conferia ao Presidente da Constituinte, convocou outra cadeia nacional de rádio e televisão para responder a fala golpista, e dizer ao povo brasileiro que ingovernáveis eram a fome, o analfabetismo, a mortalidade infantil, a desnutrição, e que a Constituição que estava nascendo seria a Constituição Cidadã. Não a Constituição do Estado, mas a Constituição da sociedade civil. Isso produziu um efeito enorme dentro e fora da Constituinte, de tal maneira a tentativa de golpe do Sarney e dos ministros militares se revelou desastrada, pois mesmo a maioria do Centrão votou em massa em favor do texto aprovado em primeiro turno.

E assim se conclui o Processo Constituinte de 1987-1988, e como vocês sabem, em 05 de outubro de 88, o presidente Ulysses, com uma fala histórica, promulgou a nossa Constituição democrática mais longeva. Foi desse processo, de todo um esforço de décadas de luta e participação, que nasceu a Constituição que hoje temos. Que avança profundamente em temas nunca antes tocados. A Constituição que previu a existência de um Código de Defesa do Consumidor, noção essa que era absolutamente desconhecida no Direito brasileiro e nas práticas comerciais naquela época. A Constituição que conferiu plena autonomia de atuação ao Ministério Público, que antes era subordinado ao governo. A Constituição que criou esse modelo fantástico de um sistema único e universal de

saúde que nasceu ali, graças ao constituinte Eduardo Jorge, hoje tido como uma figura folclórica, mas que foi o médico-constituinte que conseguiu convencer todos os setores a aprovarem a criação constitucional do SUS. A Constituição que restaurou a autonomia dos entes da Federação. A Constituição que tem a mais completa declaração de direitos da historia constitucional do País, e uma das mais completas do direito comparado. A Constituição que, segundo um comunicado oficial da Organização das Nações Unidas referido pelo presidente Ulisses Guimarães no dia da promulgação, era então a Constituição que melhor trata da questão do meio ambiente dentre todas as Constituições democráticas e não democráticas do planeta.

Enfim, uma Constituição que ainda está por ser explorada em toda a sua profundidade, sobretudo naquilo que chamamos de Projeto Civilizatório que a Constituição consagra nesse belíssimo art. 3º, sob o nome de Objetivos Fundamentais da República: I- construir uma sociedade livre justa e solidária — quem pode ser contra, a não ser os tarados? II- Garantir o desenvolvimento nacional — que, num país periférico e subordinado, está sempre sob ameaça. III- Erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais — por que pobres e marginalizados num país tão rico? IV- Promover o bem de todos, sem preconceitos de qualquer ordem — numa sociedade cujas elites, e não só, discriminam por princípio. Dispositivos esses que, como vocês sabem, fundamentaram algumas das mais belas decisões do STF pós-1988: a que, por unanimidade, reconheceu a constitucionalidade da leis de cotas, as leis de ações afirmativas; a que reconheceu o direito de proteção legal às uniões homoafetivas; e outras conquistas que vieram, pela via judicial e com base no artigo 3º, considerado como poesia pelo Centrão de 1987-88.

Esse é o processo; esse é o resultado. Eu quero terminar com um breve trecho da fala de Ulysses Guimarães em 5 de outubro de 88, um trecho que utilizo como epígrafe no livro que escrevi sobre a Constituinte (A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, Ordem Econômica e regras do jogo, Editora Lumen

Juris) e foi citado aqui, depois que entreguei aos estudantes dois exemplares para a biblioteca da Universidade. Disse o Doutor Ulysses: "Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de servidores públicos civis e militares, atestando a contemporaneidade e a autenticidade social do texto que hoje passa a vigorar. Como o caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio." Esta é a Constituição Cidadã. Oxalá resista aos difíceis tempos que estão por começar agora, oxalá ilumine os passos das novas gerações como tem iluminado os passos das nossas. Vida longa à nossa Constituição de 1988, vida longa ao nosso Centro Acadêmico Carvalho Santos! Muito obrigado a todas e todos.

3

As universidades públicas brasileiras na Constituição de 1988 [1]

João Irineu de Resende Miranda [2]

É inegável nestes 30 anos do aniversário da Constituição brasileira que a nossa carta Magna passa por muitos questionamentos. As quase cem emendas que tornaram o texto constitucional 140% superior ao que era quando foi redigido são apenas uma fração dos mais de mil projetos que visaram alterar o texto constitucional nos últimos 30 anos. Mesmo assim as principais reformas alardeadas como fundamentais para o Estado brasileiro necessitam realizar profundas alterações na Constituição de 1988. Diante da grave crise política vivenciada atualmente chegou-se mesmo a se propor a promulgação de uma nova constituição, com diferentes formatos de processo constituinte.

Da mesma forma a universidade pública brasileira, em sua essência, vem sendo continuamente questionada pela sociedade e passa por uma crise sem precedentes. Os recursos destinados para a ciência e tecnologia no Brasil voltaram aos patamares de 20 anos atrás. Chegou-se mesmo a aventar-se a possibilidade de cancelar todas as bolsas de pós-graduação concedidas pelo governo federal. Uma série de greves foram deflagrados pelos servidores públicos federais e estaduais das Universidades desde o ano de 2012 contra a

[1] Comunicação apresentada no I Congresso de Direito Público da Universidade Estadual de Ponta Grossa, no dia 09 de outubro de 2018.

[2] Doutor, Professor Associado na Universidade Estadual de Ponta Grossa. E-mail: joaoirineu@uepg.br

defasagem dos salários e a implantação de novos regimes previdenciários conseguindo-se, contudo, pouco sucesso em se evitar a deterioração e o desprestígio das carreiras universitárias.

O que chama a atenção, entretanto, é a indiferença ou em alguns casos até mesmo a oposição de setores da sociedade no tocante às demandas universitárias. No Paraná, por exemplo, pesquisas de opinião, demonstram que a população é favorável ao maior controle e consequentemente a redução da autonomia universitária prevista constitucionalmente. Mais do que isso, em carta aberta à sociedade rural do Paraná chegou a afirmar que o dinheiro investido nas universidades seria mais vantajoso para a sociedade paranaense se aplicado no agronegócio.

Assim, é inegável que, conjuntamente aos questionamentos enfrentados pela Constituição brasileira, as universidades públicas também passam por uma crise. A questão que se pretende enfrentar na presente comunicação é se os princípios e as diretrizes constitucionais a respeito das universidades contribuem para a crise vivenciada. Ou seja, estariam os artigos que tratam sobre o tema na Constituição no âmago da crise nas universidades públicas brasileiras?

Com o intuito de responder esta pergunta a presente comunicação será dividida em duas partes. Em um primeiro momento serão elencados os artigos que tratam sobre a universidade e o ensino superior dentro da Carta Magna. Após, serão relatados alguns dos eventos que marcaram a trajetórias das universidades nos últimos anos, sob o prisma dos princípios constitucionalmente consagrados acerca das universidades públicas.

A universidade pública brasileira no texto constitucional

A regulamentação constitucional das universidades aparece no Capítulo 3 Seção 1 da Constituição Federal, inserida nas prescrições sobre a Educação. O tema sofreu duas emendas constitucionais, a primeira em 1996, dizia respeito a possibilidade

de se admitirem docentes estrangeiros . Em 2015, uma nova emenda acerca das relações institucionais das universidades buscou facilitar a utilização de recursos financeiros, materiais e humanos das universidades em acordos visando o desenvolvimento de pesquisas aplicadas com vistas a inovação. Nenhuma das reformas, todavia, alterou o âmago da concepção constitucional sobre as universidades, previsto no artigo 207.

Nestes termos a primeira previsão direta do articulado constitucional sobre as Universidades encontra-se no artigo 207 ao dispor sobre o princípio da autonomia universitária.

O princípio da autonomia universitária dispõe que as Universidades gozam de autonomia didático-científica administrativa e de gestão financeira e patrimonial, além de obedecer ao princípio da indissociabilidade entre ensino pesquisa e extensão. Neste único artigo, encontram-se dois princípios basilares: o da autonomia universitária e o da indissociabilidade entre ensino pesquisa e extensão.

O artigo 207, ao tratar da autonomia universitária, possui farta jurisprudência além de uma profunda discussão acerca das áreas onde esta autonomia é exercida e quais os seus limites.

As Universidades geralmente são classificadas como autarquias, ou seja, como instituições pertencentes à administração pública indireta caracterizando-se assim por um orçamento, um patrimônio e uma folha de pagamento própria.

Com o princípio da autonomia universitária cidade as Universidades diferenciam-se das demais autarquias sendo chamadas de autarquias de regime especial tendo em vista que possuem uma maior autonomia e um maior poder de gestão do que as demais autarquias do serviço público.

A Lei 9.394 de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, ou ainda, LDB, regulamenta a autonomia universitária em seu artigo 53 assegurando nas universidades a criação ou extinção de cursos; a fixação de currículos; a regulamentação de suas atividades de pesquisa e extensão; a definição do número de vagas em cada curso

e a prerrogativa de redigir seu próprio estatuto regimento interno além de seus contratos acordos e convênios administrativos.

Outro assunto que mereceu grande destaque na regulamentação do artigo constitucional foi o chamado princípio da indissociabilidade entre ensino pesquisa e extensão. A indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão é o resultado de um longo processo histórico, iniciado no fim da Idade Média, no qual a instituição universitária evolui de uma comunidade fechada focada no ensino para a academia focada na busca e geração do conhecimento e, finalmente, para a instituição que visa integrar-se a sociedade. No Brasil, a consagração deste princípio só ocorre a partir da Constituição de 1988 e sua regulamentação pela já citada Lei de Diretrizes e Bases a qual apresenta uma definição de universidade enquanto instituição pluridisciplinar que atua nas áreas de ensino, pesquisa e extensão.

Ainda sobre este tema, o Decreto 5773 de 2006, que regulamenta aspectos da LDB prescreve a categorização das instituições de ensino superior em faculdades, centros universitários e universidades, definindo estas a partir dos pressupostos do princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Embora não faça parte formalmente do articulado constitucional sobre as universidades, o artigo 218 da Constituição, que trata a respeito do papel da Ciência e Tecnologia, têm influenciado as relações jurídicas das universidades públicas brasileiras, ao discriminá-las como participantes do processo de inovação tecnológica e, concomitantemente, do desenvolvimento nacional.

Neste sentido, a Emenda Constitucional 85 de 2015 alterou uma série de artigos constitucionais com o objetivo de estabelecer competências para o fomento de atividades relacionais à inovação ou ao desenvolvimento científico e ao desenvolvimento de recursos humanos com expertise neste tema.

Assim, pode-se dizer que a Constituição Federal, ao tratar das universidades destaca dois princípios e delineia um papel. Os

princípios são a autonomia universitária e a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. O papel é o de ator estatal no desenvolvimento de políticas públicas visando o desenvolvimento da ciência, da tecnologia e da inovação. Sobre estes temas trataremos a partir de agora.

A autonomia universitária em cheque

Conforme visto anteriormente a principal previsão constitucional para as universidades públicas brasileiras é o princípio da autonomia universitária. Complementando o disposto na Constituição com a regulamentação emanada da Lei de Diretrizes e Bases da Educação entende-se a autonomia como a possibilidade de administrar a si próprio a partir de um orçamento específico, dispondo sobre seus recursos financeiro, humanos e patrimoniais. Das previsões da LDB também se destaca a autonomia jurídico-política, de autogerir-se de forma democrática e livre, a partir de conselhos e órgãos colegiados internos. Finalmente, a partir ainda da previsão constitucional é possível afirmar que o âmago do princípio da autonomia encontra-se na liberdade de estabelecer e regular os próprios parâmetros pedagógicos de sua atuação, estabelecendo os cursos, os currículos, os programas e garantindo ao docente a liberdade de atuação dentro de sua cátedra.

Tais pressupostos constitucionais, entretanto, têm sido continuamente negados na atualidade pela atuação do próprio Estado, seja no Poder Executivo, Legislativo e mesmo no âmbito do Poder Judiciário.

O contingenciamento orçamentário, prática na qual se aprova uma dotação para o órgão na lei orçamentária anual mas se libera apenas uma porcentagem desta dotação com fundamento em medidas de ajuste fiscal, têm reduzido a administração universitária a mera execução de sua folha de pagamento, limitando sua capacidade de investir na própria estrutura à capacidade de conseguir politicamente recursos em programas do executivo ou

emendas parlamentares. No Paraná, além disso, a própria gestão da folha de pagamento das universidades públicas estaduais, pressuposto de qualquer autarquia, universidade ou não, foi eliminada pelo Poder Executivo, que determinou a adoção do mesmo sistema de recursos humanos utilizado pela Administração Direta do Estado, subordinando assim o pagamento de verbas relativas a progressão nas carreiras universitárias dos servidores de todas as universidades ao talante da administração central.

A negação do exercício da autonomia universitária estende-se também aos aspectos pedagógicos deste instituto. Disciplinas instituídas nos programas de pós-graduação de universidades federais foram objeto de ações judiciais do Ministério Público Federal, as quais solicitaram liminarmente a suspensão das atividades acadêmicas. Mesmo a mera autonomia de administração do patrimônio universitário foi desconsiderada por uma operação da Polícia Federal a qual arrancou faixas e cartazes com dizeres contra o fascismo e a favor da democracia por estarem "fazendo propaganda eleitoral". Em pelo menos uma dessas instituições professores foram abordados e interrogados sobre o conteúdo de suas aulas. Neste sentido as Universidades são um dos alvos do Projeto de Lei da chamada "Escola Sem Partido", o qual pretende fiscalizar a ação docente em sala de aula, anulando a liberdade de cátedra a qual está diretamente relacionada ao princípio da autonomia universitária.

A indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão

Conforme visto anteriormente a relação entre o princípio da autonomia universitária e a indissociabilidade entre ensino pesquisa e extensão - inicialmente previsto no final do artigo 207 da Constituição Federal - evoluiu na Lei de Diretrizes e Bases de 1996 para parte do próprio conceito de universidade. Com efeito, para a Lei de Diretrizes e Bases as universidades se caracterizam como uma instituição que executa ensino pesquisa e extensão. O artigo 53 da

Lei estabelece ainda outros requisitos como professores com dedicação exclusiva e programas de pós-graduação. Passados 10 anos após a Lei de Diretrizes e Bases, o Decreto 5773 de 2006 categoriza, a partir do princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, as instituições de ensino superior em universidades, centros universitários e faculdades.

Esta política pública modificou o panorama do ensino superior brasileiro, o qual, até meados dos anos 1980 era formado principalmente por instituições de ensino superior focadas no ensino, com vistas à formação de recursos humanos principalmente para os quadros do serviço público nacional.

Para se adaptarem a nova tendência, a maior parte das universidades adotaram programas para a qualificação de seus servidores como mestres e doutores, a implantação de políticas de fomento à pesquisa e à extensão em âmbito institucional e a criação de programadas de pós-graduação. Os vários regimes de trabalho até então existentes foram sendo gradualmente suprimidos e substituídos pelo regime de 40 horas semanais e, nos anos de 1990, estabeleceu-se o regime de tempo integral e dedicação exclusiva, como um estímulo para que os profissionais mais graduados em suas áreas abandonassem suas ocupações junto a iniciativa privada em prol de suas atividade acadêmicas. Nas Universidades Federais chegou-se ao extremo de se suprimirem os concursos públicos com carga horária de 40 horas sem tempo integral e dedicação exclusiva, para que, necessariamente, o servidor público exercesse, além da docência, a atividade de pesquisa, a atividade de pesquisa. Com a crise fiscal, foram incluídas também atividades administrativas junto à universidade numa combinação entre o princípio da gestão democrática exercida a partir de órgãos colegiados, previsto na Lei de Diretrizes e Bases, com um continuado processo de diminuição dos postos de trabalho para agentes universitários.

O resultado desta implantação acelerada por princípio da indissociabilidade entre ensino pesquisa e extensão foi o aumento da carga de trabalho do corpo docente sem que existisse um critério

de mensuração do trabalho a ser feito além das horas efetivamente prestadas em sala de aula. Deste modo, embora o docente seja obrigado a participar de comissões internas administrativas, coordenar um projeto de extensão ou de pesquisa, ministrar aulas na pós-graduação, orientar alunos de graduação, iniciação, científica, especialização, mestrado e doutorado, supervisionar atividades técnicas e desempenhar lançamentos de dados relativos à secretaria escolar ou a secretaria de órgãos federais e agências de fomento (através das inúmeras plataformas) o parâmetro adotado pelos órgãos de controle (tribunais de contas, secretarias de Estados, ministério público) em seus documentos - e reproduzido pela sociedade - para considerar sua carga de trabalho é o tempo passado em sala de aula com alunos de graduação.

Tais documentos geralmente ignoram que o tripé ensino, pesquisa e extensão inclui atividades de produção e disseminação de conhecimento diretamente relacionadas a atuação do Estado perante a sociedade. As universidades públicas brasileiras estão diretamente envolvidas em políticas na área da saúde, da segurança, da educação, do meio ambiente, da agricultura e pecuária, da assistência social, dentre outras. Ocorre que tais atividades universitárias, geralmente estabelecidas por meio de parcerias, não são identificadas enquanto atividades universitárias, e, sim, como ações de prefeituras, secretarias de estado, do governo federal ou mesmo de entidades do terceiro setor, permanecendo para as universidades os custos inerentes à sua participação.

As universidades e o desenvolvimento econômico nacional

Outro ponto associado a atuação das universidades públicas brasileiras é sua atuação em prol do desenvolvimento tecnológico e científico nacional, embora este assunto esteja originalmente alocado nos artigos da Constituição Federal destinados à Ciência e Tecnologia. Originalmente o papel das universidades não possuía destaque no tocante a esta temática, contudo, a percepção do

conhecimento como o grande ativo tecnológico do século XXI, aliado a constatação de que as universidades públicas brasileiras têm sido historicamente os únicos polos de geração e disseminação deste ativo na sociedade brasileira, atribuíram a estas a missão adicional de produzir e fornecer para a iniciativa privada conhecimento aplicado ao desenvolvimento econômico do país.

Com o advento da chamada Lei Federal de Inovação, no final do ano de 2004, iniciou-se uma política pública de aproximação entre as universidades e o chamado setor produtivo, por meio de produção de bens da propriedade industrial (principalmente patentes), acordos de cooperação técnica-científica, prestação de serviços, dentre outras ações. Das dificuldades encontradas neste processo veio uma proposta de aperfeiçoamento das normas jurídicas que regulamentavam estas relações, chamado de Marco da Ciência, Tecnologia e Inovação, Lei n. 13243 de 2016. A Emenda Constitucional 85 de 2015, citada anteriormente, encontra-se neste contexto, ao legitimar a atuação dos entes federativos juntos às universidades, entidades do terceiro setor e iniciativa privada em políticas públicas de estímulo à pesquisa e ao desenvolvimento de novos produtos e processos produtivos para o mercado interno.

Infelizmente, até o presente momento, não foi possível vislumbrar o resultado de tais alterações constitucionais, seguidas por sua regulamentação legal, e grande parte, talvez, pelo pouco tempo de vigência das mesmas e pelo período de crise vivenciado desde então.

Considerações finais

Em uma análise dentro dos limites desta comunicação, é possível relacionar portanto, a crise vivenciada pelas universidades públicas brasileiras com sua concepção constitucional na medida que muitos dos principais componentes desta crise estão relacionados a uma certa interpretação vigente acerca do princípio da autonomia universitária, do princípio da indissociabilidade entre

ensino, pesquisa e extensão e pelo malogrado processo de integração das instituições aos projetos da iniciativa privada.

Tal se dá porque os constituintes de 1988, ao tratarem das universidades públicas, o fizeram com o olhar voltado para o passado, buscando preservá-las de novas intervenções autoritárias, semelhantes às que haviam sofrido durante as ditaduras pelas quais o país passou. A grande contribuição dos constituintes foi pensar as universidades enquanto espaços plurais, férteis para a disseminação de novas idéias e para o exercício das liberdades democráticas.

O que os constituintes de 1988 não puderam prever, contudo, foi a drástica mudança no papel das universidades que o advento da globalização econômica e da sociedade da informação trariam para as instituições de ensino superior. A Carta Magna brasileira mal tinha completado um ano quando o Muro de Berlim foi derrubado, e a Guerra Fria foi substituída pelo processo de Globalização, potencializado pelo advento das regras gerais da Organização Mundial do Comércio (1994) e pelo início das atividades Internet comercial (1995).

Assim, enquanto no exterior as universidades buscaram organizar-se em redes internacionais que garantissem a livre circulação de pessoas e ideias em um mundo sem fronteiras as universidades brasileiras cristalizaram-se em seu direito de se autogerirem de forma isolada, alheias às transformações sociais e econômicas em andamento. Deste modo enquanto a Lei de Diretrizes e Bases Nacionais estipulava o direito de cada universidade de estabelecer os próprios cursos, programas e currículos os países signatários da Declaração de Bolonha instituíam o que viria a ser conhecido como Espaço Europeu de Ensino Superior, baseado na uniformização dos cursos universitários de forma a garantir a mobilidade internacional dos estudantes.

Enquanto as universidades globalizadas adotaram diferentes carreiras universitárias com diferentes enfoques, flexibilizando a atuação dos profissionais de acordo com a natureza ou a importância dos projetos desenvolvidos, as universidades públicas

brasileiras mantém um regime de trabalho único, engessado, que ignora a vocação do servidor para a docência, a pesquisa ou a ação extensionista e sobrecarrega-o com um sem número de atribuições administrativas que o afasta das atividades para as quais foi nomeado, com base no princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão

Uma característica importante da Sociedade da Informação é que não existe mais o monopólio do conhecimento por determinada instituição ou grupo social. As tecnologias da informação e a onipresença das mídias tornaram obsoletos o papel das universidades na divulgação do conhecimento em si, e lhe retiraram o monopólio de sua produção também. Da mesma forma, conceitos como "independência tecnológica" ou "desenvolvimento de tecnologias nacionais" remetem ao intervencionismo estatal do Brasil da Era Vargas (1930-1990) e não fazem sentido dentro do processo de globalização econômica. Não cabe mais ao Estado planificar a economia nem é razoável exigir-se das universidades públicas uma atuação no domínio econômico que cabe à iniciativa privada realizar, com dinheiro privado.

Contudo, é exagerado dizer que a crise que passam as universidades está diretamente ligada aos princípios da autonomia universitária e da indissociabilidade entre ensino pesquisa e extensão, bem como a ideia de que a academia tem um papel de intervenção no domínio econômico. Mais do que os institutos em si, é imprescindível atualizar-se a leitura da constituição e a forma como seus dispositivos foram desdobrados pela legislação ordinária.

Não seria exagero dizer, por outro lado, que a crise da universidade tem a ver com a perda da conexão entre a comunidade universitária e a sociedade que a circunda. Neste sentido, seria útil interpretar-se autonomia universitária a partir do livre exercício da profissão de docente e iniciar-se um debate equilibrado a respeito dos seus pressupostos e limites. Também seria interessante que o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão fosse aplicado somente para a instituição universitária, liberando os

docentes para dedicarem-se integralmente a área de suas vocações em diferentes carreiras de acordo com suas peculiaridades. Finalmente, entender as universidades como atores em um espaço global de produção e disseminação de conhecimento, promovendo a atuação conjunta e a mobilidade acadêmica real entre as diferentes instituições é uma necessidade que se apresenta para que as universidades públicas brasileiras possam atender as demandas que a sociedade lhe apresenta.

4

Hermenêutica constitucional participativa? O Supremo Tribunal Federal e a sociedade

Vinicius Mendes da Silva [1]

Introdução:

> '' A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste - enquanto for respeitada - constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar para que essa realidade não seja desfigurada. ''
>
> (STF, ADIn 293-7/600, 1994, p. 3)

Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de Outubro de 1988, o país passou por grandes mudanças. Uma das mais notáveis, e que pode ser atribuída diretamente ao conteúdo da nova norma constitucional, é a expansão da atuação do Poder Judiciário. Juízes, que antes eram exaltados por seu recato e pela sua discrição, passam a ser elogiados por posturas 'ativistas': além de suas competências habituais, passa a ser esperado que estes magistrados façam a justiça nos casos concretos, mesmo que isso implique deveres e custos que nem sempre podem ser arcados pelo erário. A técnica jurídica se tornou uma forma de aplacar todos os males que surgem da vida em sociedade. Esse é o chamado

[1] Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – Paraná, Brasil. Email: vini_mendesilva@hotmail.com.

'ativismo judicial'. Também passou a ocorrer o fenômeno da judicialização, onde várias matérias que antes passavam e eram resolvidas pela política, agora são enfrentadas pelo Judiciário, em um limite cada vez mais tênue entre jurisdição e legislação.

E em todo esse contexto de mudanças no Poder Judiciário, por óbvio que seu órgão de cúpula também foi afetado. O Supremo Tribunal Federal (STF), dadas as suas competências de corte constitucional e de corte de última instância, pode disciplinar praticamente todas as esferas da vida humana, passando pela família, pela sucessão, processo, trabalho, educação, saúde e todos os campos imagináveis (fato que pode ser explicado também por nossa Constituição ser do tipo analítico, versando sobre uma gama enorme de matérias). E com todos esses poderes, o STF também incorporou a mudança de percepção e de expectativa sobre o Judiciário. As últimas décadas viram decisões de grande repercussão social. Além de interpretar o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal também parece expandi-lo e quase reescrevê-lo (tanto que não é incomum algumas de suas decisões serem criticados por supostamente se afastarem da Constituição). A criação da TV Justiça e da Rádio Justiça, além da maior veiculação de decisões por parte da mídia tradicional, fizeram com que o Tribunal ficasse mais próximo da população, que agora sabe suas atribuições, acompanha e debate suas decisões.

Não tendo a pretensão de discutir se essa nova postura judiciária (ativista e judicializada) é boa ou não, este trabalho levanta a seguinte pergunta: se ao mesmo tempo em que muitas pessoas esperam (e querem) mais do Judiciário e este cada vez mais toma decisões que impactam sobremaneira a vida de milhares (ou até milhões), este mesmo Poder (e em especial o STF) deveria ouvir essas pessoas? Em outros termos: ao decidir, o Supremo Tribunal Federal deve ouvir e até se submeter à sociedade? É este problema que o presente trabalho visa responder. Ainda que a legitimidade democrática do Judiciário e a possibilidade de participação popular neste Poder sejam temas bastante debatidos na doutrina

constitucional e na filosofia do direito, o particular momento em que o Brasil vive nos faz novamente abordar essas temáticas.

Para tanto, foi feita uma pesquisa exploratória qualitativa, de caráter bibliográfico e documental, utilizando o método hipotético-dedutivo, a partir da abordagem de um problema, a apresentação de uma possível solução (hipótese) e um subsequente falseamento a essa solução. A hipótese que esse trabalho levantou foi a de que o contato entre STF e sociedade é importante, pertinente e até necessário para uma hermenêutica adequada do texto constitucional, em especial o contato realizado através da audiência pública. Teve como objetivo geral analisar a possibilidade, necessidade e pertinência de o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a Constituição, ouvir a posição da população sobre as matérias que está julgando, em especial a partir da audiência pública. Teve como objetivos específicos compreender as atribuições constitucionais do STF e seu subsequente aumento de poderes, sua legitimidade democrática e sua função contramajoritária; analisar a hermenêutica constitucional com suas especificidades e características, dando ênfase aos princípios que regem a sua realização; analisar a audiência pública e algumas teses que envolvem a relação Corte Suprema/sociedade e, por fim, apontar e analisar alguns argumentos contrários a essa relação STF/sociedade, a fim de falsear a hipótese levantada.

Como referências bibliográficas foram utilizadas doutrinas do direito constitucional, em especial aquelas voltadas ao estudo do Poder Judiciário no mundo atual e de sua relação com a sociedade, além, claro, da legislação pertinente ao tema. A relevância social deste trabalho reside em sua atenção às questões jurídico-sociais atuais, que impactam diariamente as atividades do nosso Supremo Tribunal Federal, a vida dos cidadãos e o seus relacionamentos com as instituições do Estado; e sua atenção à inserção da atividade judiciária numa sociedade democrática, além das questões e debates jurídico-constitucionais próprios dessa discussão.

1. Jurisdição Constitucional: o Supremo Tribunal Federal, suas atribuições, sua legitimidade democrática e sua função contramajoritária:

A importância da ideia de Jurisdição Constitucional pode ser entendida nessa assertiva de Lenio Luiz Streck, para quem

> [...] enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. Portanto, o significado de Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional. [2]

Vê-se aí a mútua dependência que existe no binômio Constituição/Jurisdição Consitucional, já que uma extrai e ganha seu sentido a partir da outra, sendo a última extremamente importante para a concretização do texto constitucional, já que atua como guardiã da Constituição.

Atualmente, a prática cotidiana da Jurisdição Constitucional brasileira está estruturada em um modelo misto de controle de constitucionalidade, que comporta tanto o controle difuso, feito por todos os juízes e Tribunais, como também o modelo concentrado, exclusivo de um Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Federal. Este mesmo Tribunal pode fazer controle difuso (principalmente através de recurso extraordinário), mas sua função primordial é o controle concentrado exercido a partir de diversas modalidades de ações, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e diversas outras. [3]

---

[2] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 27.

[3] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 361-362.

A partir disso, se poderia concluir que o país possui um modelo de controle de constitucionalidade concentrado 'forte', ou seja, o da Corte Constitucional que tem o poder de fulminar as leis que contrariem o texto constitucional. José Guilherme Berman vai colocar ressalvas nessa classificação, ao dizer que mesmo que o STF possua essa capacidade, existe também a relativa facilidade que o Parlamento tem de aprovar emendas constitucionais que podem vir a contradizer julgados da Corte, fazendo com que o Brasil tenha uma 'supremacia judicial moderada', quase um meio termo entre o modelo dos países de supremacia parlamentar e os de supremacia judicial. [4]

A despeito das controvérsias que podem surgir sobre o modo de se classificar a atividade do Supremo Tribunal Federal, suas funções são demarcadas pela Constituição. No capítulo sobre o Poder Judiciário (Capítulo III), as atribuições do Supremo Tribunal Federal estão contidas principalmente no Art. 102, que dispõe:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> I – processar e julgar, originariamente:
> a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela EC n. 3/1993)
> b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
> c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela EC n. 23/1999)

[4] BERMAN, José Guilherme. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 7, n. 31, p. 25-57, 2010. p. 53-55.

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
h) (Revogado pela EC n. 45/2004)
i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela EC n. 22/1999)
j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

> r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela EC n. 45/2004)
>
> II – julgar, em recurso ordinário:
>
> a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
>
> b) o crime político;
>
> III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
>
> a) contrariar dispositivo desta Constituição;
>
> b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
>
> c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
>
> d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela EC n. 45/2004)
>
> § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado de parágrafo único em § 1º pela EC n. 3/1993)
>
> § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela EC n. 45/2004)
>
> § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluído pela EC n. 45/2004) [5]

José Afonso da Silva propõe uma classificação dessas atribuições, dividindo-as em três categorias: as atribuições de jurisdição constitucional como controle de constitucionalidade (ex.: ação declaratória de constitucionalidade), sem controle de

[5] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2018. p. 91-93.

constitucionalidade (ex.: julgamentos de crimes cometidos por autoridades com prerrogativa de foro) e da liberdade (ex.: *writs* constitucionais). [6] Pode-se perceber que o rol de poderes que a Constituição delegou ao Tribunal é muito extenso, englobando diversos tipos de ações e de atores sociais que podem entrar com essas ações ou que podem sofrê-las. Dado esse rol de competências e o caráter analítico da Constituição, as decisões do Tribunal podem impactar praticamente todas as esferas e espaços da vida humana, principalmente naqueles processos envolvendo questões constitucionais de ampla repercussão social.

Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro explicam que a Constituição e a prática interpretativa do Tribunal trouxeram um aumento de poderes, se comparados ao desenho institucional do STF anterior a 1988. A Constituição ampliou as formas de acesso à jurisdição do Tribunal, ampliou as modalidades e os parâmetros de controle de constitucionalidade e assegurou garantias para que as decisões não sofram retaliações por parte de outros poderes. Mas também a interpretação constitucional realizada pelos Ministros nas decisões ampliou suas competências e regrou seus próprios ritos, sendo um exemplo o julgamento onde se permitiu que fosse concedido mandado de segurança a parlamentar contra tramitação de Proposta de Emenda à Constituição que viola as cláusulas pétreas da Constituição. ‘’Se o STF tem mesmo esse tipo de poder sobre as regras que estruturam sua própria competência, então o tribunal é mais do que uma criatura do constituinte”. [7]

Isso muda até as relações do Tribunal com outros setores da sociedade. Como explica Marjorie Corrêa Marona e Marta Mendes da Rocha:

---

[6] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 565-568.

[7] ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV,** São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, 2016. p. 410-427.

> À corte brasileira foi facultado não apenas o exercício de autoridade – inerente a qualquer intérprete constitucional – mas também de poder, tradicionalmente reservado a órgãos representativos, sujeitos ao controle democrático. A regulamentação pormenorizada de um amplo campo das relações sociais, econômicas e políticas, em uma espécie de compromisso maximizador, reorganizou o sistema político estatal (Vieira *et al.* 2013), conformando um novo padrão de relação entre a corte e as tradicionais esferas representativas (Presidência da República e Congresso Nacional), mas também entre ambas e a sociedade. [8]

Na suma de José dos Santos Carvalho Filho, ‘’o controle da justiça sobre a vida política é tão crescente que nada mais escapa da apreciação judicial’’. [9] Por isso, Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro vão levantar a hipótese de o STF estar se tornando uma espécie de ‘’primeira câmara legislativa’’, ao invés de atuar meramente como uma ‘’terceira câmara revisora’’ que se limitaria a tão somente revisar a constitucionalidade de leis já formuladas pelo legislativo, e não regular matérias que muitas vezes não foram explicitadas pelos legisladores. Ou seja, seria uma manifestação judiciária feita antes mesmo de o criador das leis se manifestar sobre a questão. Um exemplo é a notória decisão do Tribunal de reconhecer a união estável de pessoas de mesmo sexo, tema que não havia sido explorado pelo Parlamento. [10]

Percebendo essa situação de expansão do STF, o Min. Luis Roberto Barroso vai ainda mais longe ao dissertar sobre os poderes do Tribunal. Para além de seus poderes decisórios habituais, o Tribunal (assim como as demais cortes constitucionais) teria que

---

[8] MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Sociologia e Política,** Curitiba, v. 25, n. 62, p 131-156, 2017. p. 132.

[9] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, n. 202, p. 159-179, 2014. p. 163.

[10] ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV,** São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, 2016. p. 431-432.

''assegurar o governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos'' [11]. Essa é a ideia da tese do papel iluminista do Supremo Tribunal Federal. Segundo ele, o STF teria que ''empurrar a história quando ela emperra'' [12]. O Tribunal seria o fio condutor ao progresso de uma sociedade em crise. Porém, a prática decisória cotidiana do Tribunal parece desmentir essa tese.

E em todo esse contexto de acumulação de poderes e de um reconhecimento cada vez maior, uma questão que já foi debatida inúmeras vezes, tanto pela doutrina constitucional como pela filosofia e teoria geral do direito, volta à tona: como pode o Judiciário ser uma instância democrática se os seus membros não são eleitos e sim indicados, ou ainda aprovados por concurso público (como no Brasil)? De onde vem sua legitimidade se seus membros não passam pelo escrutínio do voto popular? Essa questão se torna mais crítica no caso do Supremo Tribunal Federal e da maioria das Cortes Constitucionais que podem fazer controle concentrado de constitucionalidade: é democraticamente legítimo que um órgão não eleito invalide atos de um poder que foi eleito? José Guilherme Berman vai explicar que essa controvérsia (juntamente com a do caráter contramajoritário) vem do fato da Jurisdição Constitucional possuir dois componentes: um técnico jurídico, mas também um político, encarregado de dar sentido às partes mais abertas da Constituição, que acabam por depender mais dos juízes em si do que do texto constitucional.[13] Diversas são as respostas a essa questão, nos mais variados espectros doutrinários.

Lenio Luiz Streck, ao abordar a questão da legitimidade democrática do Judiciário, dá uma resposta hermenêutico-heideggeriana:

---

[11] BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23-50, 2015. p. 25.

[12] BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23-50, 2015. p. 42.

[13] BERMAN, José Guilherme. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 7, n. 31, p. 25-57, 2010. p. 27.

> [...] para utilizar uma linguagem hermenêutica, é possível dizer que a noção de Estado Democrático de Direito que a tradição nos legou é um existencial. Qualquer problematização que se pretenda elaborar acerca da democracia e do agir dos agentes sociais se dará neste espaço, onde ocorre o sentido do Direito e da democracia. O estado Democrático de direito é, assim, um ''desde-já-sempre'', condicionando nosso agir-no-mundo, porque faz parte do nosso ser-no-mundo. O Estado Democrático de Direito não é algo separado de nós. Como ente disponível, é alcançado pré-ontologicamente. *Ele se dá como um acontecer*. Nesse sentido é possível dizer que o agir jurídico-político dos atores sociais encarregados institucionalmente de efetivar políticas públicas (*lato sensu*) acontece nessa manifestação prévia, onde já existe um processo de compreensão.
>
> É nesse contexto que se assenta a legitimidade do Poder Judiciário no Estado democrático de Direito, não somente na especificidade própria dos tribunais *ad hoc*, mas na existencialidade dos pilares que fundamentam essa mesma noção. Enquanto existencial, o estado Democrático de Direito fundamenta, antecipadamente (círculo hermenêutico), a legitimidade de um órgão estatal que tem a função de resguardar os fundamentos (direitos sociais-fundamentais e democracia) desse modelo de Estado de Direito. O caráter existencial do Estado Democrático de Direito passa a ser, nessa espiral hermenêutica, a condição de possibilidade do agir legítimo de uma instância encarregada até mesmo – no limite - para viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidades por omissão e repetidamente, constituir-se tal instância – a justiça constitucional – como remédio (por vezes amargo, mas necessário) contra maiorias.
>
> Por isso, quando perguntamos pela legitimidade desse agir da justiça constitucional, a resposta já encontrou guarida no caráter existencial do Estado Democrático de Direito, fulcrado no modo-de-ser próprio das democracias engendradas pela tradição do segundo pós-guerra. [14] (grifo do autor).

[14] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 106.

O Min. Luis Roberto Barroso vai diferir na resposta, ao dizer que a legitimidade democrática vem da noção de que a Constituição (e, por conseguinte, o STF) tem um duplo papel, que é o da participação política ampla e o da proteção dos direitos fundamentais. Ou seja, ao mesmo tempo em que o texto constitucional garante a expressão da maioria, ele também assegura a da minoria. Ele também diz que essa legitimidade democrática vem do fato de que a atuação judicial, ‘’sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social'', ainda que ele não explique o que seria o sentimento social ou como os Ministros e os demais juízes podem apreendê-lo. [15]

José Guilherme Berman vai dizer que essa questão da legitimidade democrática, ainda que presente nos Estados Unidos, no Brasil é esvaziada, já que a própria Constituição, manifestação do povo ao refundar a sociedade, delegou ao STF a possibilidade de controle de constitucionalidade e a guarda da Constituição. [16]

A noção de função contramajoritária ou caráter contramajoritário vem da ideia de uma preservação da Constituição e de seus princípios fundamentais contra as maiorias sazonais que poderiam por fim a algumas de suas conquistas. ‘’A ideia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental’’.[17] Ainda que o Min. Luis Roberto Barroso acredite em um papel representativo do STF, ele reconhece o caráter contramajoritário da Jurisdição Constitucional:

> A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o

[15] BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 309 e 442.

[16] BERMAN, José Guilherme. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 7, n. 31, p. 25-57, 2010. p. 48.

[17] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 101.

> status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais. [18]

E Lenio Luiz Streck, ao escrever sobre a atual preocupação de que as decisões atendam ao tal 'sentimento social', vendo nessa atitude uma ideia errônea (já que se esquece do caráter contramajoritário do STF), vai dizer que

> não conseguimos contrapor ao dualismo [metafísico realidade social/Constituição] uma coisa minimamente óbvia, obviamente mínima: Constituição é remédio contra a maioria. Um Supremo Tribunal não pode atender à "voz das ruas", porque, entre o clamor das ruas e da Constituição, vale o ronco da Constituição. Ora, nenhuma democracia no mundo se fortaleceu com questões sazonais.[19]

2. Hermenêutica constitucional, suas características e seus princípios regentes:

Ao exercer sua função de Jurisdição Constitucional, o STF (assim como os outros tribunais) interpreta a Constituição e os demais textos normativos para atribuir-lhes sentido. Segundo o Min. Luis Roberto Barroso, o ''objeto da interpretação constitucional é a determinação dos significados das normas que integram a Constituição formal e material do estado". [20] Lenio Luiz Streck discorre sobre o caráter produtivo da hermenêutica, que não mais se limita tão somente a reproduzir, mas sim a construir o significado do texto constitucional, já que a *''[...] Constituição é, finalmente, o*

---

[18] BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23-50, 2015. p. 36.

[19] STRECK, Lenio Luiz. Se o Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual o valor da Constituição? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 de abril de 2018.

[20] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 103.

resultado de sua interpretação, uma vez que uma coisa só é (algo, uma coisa) na medida em que é interpretada (porque compreendida 'como' algo)" [21] (grifo do autor). Tal como aponta Konrad Hesse, a hermenêutica é fundamental nessa produção de sentido porque o texto constitucional é mais aberto e mais amplo que as outras leis, o que gera mais problemas e discussões interpretativas. [22]

Quando se fala em interpretação constitucional, logo se imagina a figura do Poder Judiciário, porém os demais poderes, cada um a sua maneira, também realizam uma tarefa interpretativa, por exemplo, quando o Legislativo cria uma lei e quando o Executivo vai executá-la, atitude onde ambos têm de interpretar a Constituição para não produzirem atos inconstitucionais. Entretanto, a interpretação final sempre vai recair sobre o Judiciário, em especial ao STF, já que este pode anular os atos dos demais poderes e sua interpretação é vinculante em relação aos próprios órgãos do Judiciário, mas também aos outros poderes. [23]

Não existe uma hermenêutica constitucional completamente autônoma. Todo ato de interpretação da Constituição também se insere no plano da hermenêutica geral, que explica a interpretação de todos os textos normativos, incluindo a própria Constituição. Lenio Luiz Streck e o Min. Luis Roberto Barroso dão justificativas diferentes, já que para Streck, a separação entre hermenêutica constitucional e hermenêutica geral seria um dualismo metafísico indesejável, porque não é possível interpretar um texto normativo de forma descolada da Constituição, ou conceber a Constituição como algo separado do resto da ordem jurídica. E essa separação ainda pode ensejar novos tipos de hermenêutica que não deveriam existir isoladamente (tal como uma hermenêutica do direito penal

[21] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 149.

[22] HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional.** 2. ed. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1992. p. 34.

[23] BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 116-118.

etc.). [24] Segundo o Min. Barroso, a hermenêutica constitucional está dentro da hermenêutica geral porque toda ‘’interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional’’. [25]

Michael Serota vai ressaltar que para interpretar é necessário o que ele chama de competência interpretativa (*interpretive competence*), que seria uma espécie de base metodológica, uma reunião de capacidades que uma pessoa deve reunir para interpretar a Constituição. Segundo ele, essa competência se divide em conhecimento constitucional (*constitutional knowledge*) e raciocínio constitucional (*constitutional reasoning*). O primeiro é o corpo de conhecimento tal como história, jurisprudência e o conhecimento do texto e da estrutura da Constituição. Já o raciocínio constitucional seria a capacidade de sopesar esse conhecimento, de verificar o que é razoável e o que é adequado. Um dos componentes mais importantes desse raciocínio é a capacidade de articular argumentos de segunda ordem (*second-order arguments*), ou seja, argumentos que não estão preocupados tão somente com o resultado imediato da controvérsia apresentada em juízo, mas sim uma preocupação com o todo sistêmico do Direito, no futuro e na preservação dos valores constitucionais. [26] Segundo Fredrick Schauer, a função deles é ‘’*to keep good people from enacting sound first-order policies (or even pursuing sound first-order principles) that have negative or self-defeating second-order, institutional, or long-term consequences*’’ [27]. Ressalvadas as diferenças entre o modelo constitucional brasileiro e o estadunidense (principalmente o fato de o ‘corpo de conhecimento’ exigido no conhecimento constitucional

[24] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 220.

[25] BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23-50, 2015. p. 30.

[26] SEROTA, Michael. Popular Constitutional Interpretation. **Connecticut Law Review,** Hartford, v. 44, p. 1635-1673, 2012. p. 1651-1655.

[27] SCHAUER, Fredrick. Judicial Supremacy and the Modest Constitution. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, p. 1045-1067, 2004. p. 1055.

nos Estados Unidos não ser tão utilizado pelo STF, dada nossa tradição de *civil law*), a ideia de uma competência interpretativa (*interpretive competence*) e sua divisão em conhecimento constitucional e raciocínio constitucional podem ser aplicadas ao processo hermenêutico realizado no Brasil, dada a universalidade de sua descrição.

Como explica o Min. Luis Roberto Barroso, a doutrina constitucional tradicional geralmente discorre sobre métodos ou técnicas de interpretação que, partindo de premissas diferentes tais como a finalidade do texto normativo, seu teor gramatical ou sua historicidade o intérprete conseguiria dar à lei a interpretação mais adequada. Seriam eles: o método gramatical, histórico, teleológico e sistemático. [28] Parte-se de características da norma para interpretá-la. Mas essa concepção vai ser duramente criticada por Lenio Luiz Streck, utilizando da crítica que Friedrich Muller e Konrad Hesse fazem aos métodos:

> Registre-se, a propósito, as bem-fundadas críticas de Fr. Muller às técnicas/regras/métodos de interpretação. Para ele, as regras tradicionais da interpretação *não podem ser isoladas como "métodos" autônomos por si*. Tais regras se dirigem a toda e qualquer norma jurídica: *porque cada norma jurídica tem o seu texto da norma* – a consuetudinária, um texto mutante, a escrita, um texto autenticamente fixado – *(interpretação gramatical); porque nenhuma norma do direito positivo representa apenas a si mesma*, mas ao menos se relaciona com todo o ordenamento jurídico *(interpretação sistemática)*; porque finalmente, *cada norma pode ser questionada com vistas ao seu "sentido" e (à sua) finalidade*.
>
> Na mesma linha podem ser elencadas as críticas de Hesse, para quem tampouco os "distintos métodos" de interpretação tomados um por um oferecem orientação suficiente. [...] *tampouco é clara*

[28] BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 124-127.

> *a relação dos distintos métodos entre si*. Fica a decidir qual daqueles há de se seguir em cada caso [...]. [29] (grifo do autor)

As críticas partem da constatação básica de que os tais diferentes métodos na verdade são partes/etapas integrantes de qualquer interpretação ordinária do texto normativo. Deve-se partir do caráter literal do texto (sem abandoná-lo por completo, evidentemente), atendendo aquilo que a lei pretende realizar (seu caráter teleológico) e a entendendo como parte de um todo sistêmico, que deve ser coerente em sua unidade (caráter sistemático) e que produz efeitos na história, tendo ela também a sua própria história (caráter histórico). Por isso não seria possível ou razoável separar todas essas etapas em métodos autônomos e completos em si mesmo. [30]

Partindo dessa ideia, é mais proveitoso falar em princípios que regem e orientam o processo hermenêutico. Segundo o Min. Luis Roberto Barroso, princípio pode ser definido como uma norma de maior abstração, cuja finalidade é mais destacada dentro do ordenamento jurídico. [31] Como explica Konrad Hesse, *''a los princípios de la interpretación constitucional los corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema. ''* [32]

O Min. Barroso defende que a hermenêutica não seja orientada somente pelos seus princípios próprios, mas também pelos princípios fundamentais positivados na Constituição em seu Título I: o princípio republicano, federativo, do Estado Democrático

---

[29] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 200-201.

[30] HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional.** 2. ed. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1992. p. 36-37.

[31] BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 151.

[32] HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional.** 2. ed. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1992. p. 45.

de Direito, da separação dos poderes e da livre-iniciativa.[33] Poderíamos acrescentar também a dignidade da pessoa humana.

Dentre os princípios próprios da hermenêutica, Konrad Hesse elenca os seguintes: O **Princípio da Unidade da Constituição**, que determina que a Constituição deve ser interpretada de modo a evitar contradições e antinomias, assim preservando a Constituição como um todo coerente e harmônico. O **Princípio da Concordância Prática**, que determina que os bens jurídicos tutelados no processo devem conservar sua natureza, e não devem se efetivar um a custa do outro com um deles sendo suprimido em favor do outro. **Princípio da Correção Funcional**, que institui que o órgão estatal responsável pela hermenêutica deve ater-se às funções designadas a ele e não deve expandir seus poderes através da interpretação. O **Princípio da Eficácia Integradora**, segundo o qual devem prevalecer pontos de vista que preservam a unidade política nacional. E, por fim, o **Princípio da Força Normativa da Constituição**, que determina que os pontos de vista que permitam máxima eficácia às normas constitucionais devem prevalecer, junto com os que permitam que a Constituição ao mesmo tempo se atualize. [34]

O Min. Luis Roberto Barroso acrescenta os seguintes princípios: O **Princípio da Supremacia da Constituição**, que determina a supralegalidade da Constituição, que esta deve prevalecer sobre todos os textos legais e sobre todos os atos jurídicos. O **Princípio da Presunção de Constitucionalidade**, ou seja, a ideia de que em caso de dúvida sobre a constitucionalidade de alguma lei ou de algum ato administrativo, ela é constitucional, já que a inconstitucionalidade nunca é presumida. O **Princípio da Interpretação Conforme a Constituição**, que institui que uma norma que a princípio seria inconstitucional pode tornar-se

[33] BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 157.

[34] HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional.** 2. ed. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1992. p. 45-48.

constitucional a partir da interpretação que mais a compatibilize com o texto constitucional, dando um sentido quem, em geral, não é o mais evidente. Isso faz com que as outras interpretações que a norma poderia ensejar sejam inconstitucionais. O **Princípio da Razoabilidade-Proporcionalidade**, que determina que os atos do poder público sejam razoáveis, equilibrados e que não sejam arbitrários. Esses atos devem ter motivos, meios e fins coerentes, que sejam os menos onerosos possíveis e que sejam vantajosos se analisados pela relação custo-benefício. Os atos que não atendam esses critérios podem ser invalidados pelo Judiciário. O **Princípio da Efetividade**, basicamente, a ideia de que as normas constitucionais devem produzir efeitos e irradiar consequências e que elas foram feitas para vincular e ser aplicadas. [35]

Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta o **Princípio da Divisão de Poderes** como sendo um princípio da hermenêutica, ainda que seja também um princípio fundamental da República. Consiste basicamente na ideia de que o poder é dividido em repartições que são independentes e harmônicas entre si e que o poder não pode ficar só na mão de uma pessoa ou de um órgão. E os limites dessa separação devem ser respeitados. [36]

3. Como o STF 'ouve' a sociedade: o contato entre o Tribunal e a população e a audiência pública:

São várias as teorias que abordam a relação entre uma Corte Suprema (ou Tribunal Constitucional) e a sociedade. Algumas pregam que as decisões do Tribunal poderiam ser revistas pela população, ou que este deveria no mínimo deixar a sociedade ter uma participação democrática. Essa é a base da teoria do

[35] BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 161-196, 218-277.

[36] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 232-234.

constitucionalismo popular, muito debatida nos Estado Unidos. Como explica Rodrigo Mendes Cardoso,

> Colocado nesses termos, o constitucionalismo popular basicamente reivindica uma maior participação dos cidadãos na determinação do significado constitucional, demonstrando, em maior ou menor medida, uma hostilidade às dinâmicas da supremacia judicial, que colocam a Suprema Corte como único ente legitimado a interpretar e aplicar Constituição. [37]

Também existem aquelas teorias que defendem que o Tribunal deve manter um diálogo com o próprio Estado, para evitar que o Judiciário venha a ter certo monopólio sobre a interpretação, tal como as várias versões da teoria do diálogo institucional. [38] Há também aquelas teses que acreditam que o papel de interpretação é exercido de maneira muito mais ampla do que somente no Tribunal Constitucional, que toda a máquina estatal e toda a população realizam um trabalho hermenêutico da Constituição, tal como a tese levantada por Peter Haberle. [39] Independente de essas teorias trazerem consequências ou não para a prática judiciária brasileira, o Judiciário (em especial o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal Superior Eleitoral) tem cada vez mais institucionalizado e utilizado mecanismos para trazer opinião popular para dentro dos Tribunais, incluindo aí o Supremo Tribunal Federal. [40]

Uma das formas, mas não a única, do STF ouvir opinião externa à de seus ministros é a audiência pública. Também é

---

[37] CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito,** São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 218-227, 2014. p. 220.

[38] CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito,** São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 218-227, 2014. p. 221-223.

[39] HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ''procedimental'' da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 12-15.

[40] RAIS, Diogo. **A sociedade e o Supremo Tribunal Federal:** o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 37-42.

facultado ao Tribunal a possibilidade de convocar comissão de peritos e *amicus curiae*, mas a principal e mais notória forma de o STF exercer contato com a sociedade é a audiência pública. Na definição de Diogo Rais, ela é

> [...] *o instrumento pelo qual essa Corte ouve o público especializado ou dotado de experiência na matéria para esclarecer questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante, com a finalidade de esclarecer os Ministros sobre a matéria ou circunstâncias de fato, além de criar oportunidade para se debater simultaneamente as teses opostas e com fundamentos variados, ampliando e fomentando o debate dentro e fora da Corte, ampliando a transparência e a publicidade das atividades do Supremo Tribunal Federal e trazendo maior pluralidade ao processo constitucional, além de aproximar a sociedade da Corte e, ainda, possibilitar a aferição de efeitos do julgado, realizando um prognóstico do comportamento social diante da decisão a ser tomada*. [41] (grifo do autor).

O instrumento da audiência pública tem sua previsão legal nas leis 9869/99 e 9882/99, ambas versando sobre processo constitucional. A primeira, que detalhou os mecanismos da ADI e da ADC, dispõe que a audiência pública pode ser convocada pelo relator do processo para esclarecer a matéria ou as circunstâncias de fato e que deve ser realizada oralmente. A segunda, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), estabeleceu que o relator pode convocar audiência publica quando entender que ela é necessária. A audiência também foi regularizada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) a partir da Emenda Regimental nº 29. A principal mudança que essa emenda regimental trouxe foi nos Artigos 13 e 21, que passaram a determinar que o presidente do Tribunal também pode convocar audiência em qualquer ação que seja do interesse do STF convocá-

[41] RAIS, Diogo. **A sociedade e o Supremo Tribunal Federal:** o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 48.

la, desde que haja a existência de repercussão geral e interesse público relevante. [42]

A realização da audiência deve seguir o seguinte protocolo: o ministro relator ou o presidente do STF devem convocá-la, o edital de convocação deve ser amplamente divulgado de modo que o maior número possível de pessoas tome conhecimento da audiência, fixando prazo para a seleção das pessoas que falarão, a audiência deve ser realizada oralmente, deve ser transmitida na TV Justiça e na Rádio Justiça e o Ministro que presidir a audiência deve selecionar quem irá falar, escolhendo de modo a trazer ao debate as mais diversas correntes de opinião de pessoas com experiência ou especialistas na matéria. Ao final, os registros da audiência podem ser acrescidos aos autos do processo ou arquivados na presidência do Tribunal. [43]

Marjorie Corrêa Marona e Marta Mendes da Rocha, ao analisarem a prática das audiências públicas já realizadas, concluíram que elas possuem um caráter consultivo, porque possibilitam que diversas posições sejam apresentadas para os ministros que podem utilizá-las ou não e que possuem um caráter presencial, porque são realizadas no próprio Tribunal. [44] Porém, não possuem um caráter deliberativo, já que elas ‘’limitam sobremaneira a interação entre os participantes, inviabilizando o intercâmbio regulado de razões com vistas à apresentação e à justificação de posições e à persuasão mútua”. [45]

---

[42] RAIS, Diogo. **A sociedade e o Supremo Tribunal Federal:** o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 48-63.

[43] RAIS, Diogo. **A sociedade e o Supremo Tribunal Federal:** o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 63-69.

[44] MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Sociologia e Política,** Curitiba, v. 25, n. 62, p 131-156, 2017. p. 145.

[45] MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Sociologia e Política,** Curitiba, v. 25, n. 62, p 131-156, 2017. p. 148.

Segundo as mesmas autoras, a realização das audiências públicas traz novas reflexões e discussões sobre a legitimidade democrática do STF:

> E, nesse sentido, considerando que existem muitas formas – em disputa ou complementares ao voto – de se produzir legitimidade democrática pela realização de uma generalidade social que extrapola os padrões de formação e identificação, típicos da democracia representativa eleitoral (Rosavallon 2011), é que surge a questão sobre o impacto das audiências públicas na construção da legitimidade democrática do STF. A questão da legitimidade democrática das cortes ganha, portanto, novos contornos. As cortes participam de uma dialética construtiva com o sistema representativo que obriga a maioria a integrar raciocínios e outros argumentos, enquanto se encontra simultaneamente sujeita aos embates da minoria e à disciplina da justiça constitucional (Almeida 2015). [46]

Diogo Rais defende que a utilização da audiência pública é um instrumento a favor do Estado Democrático de Direito: ‘’de certa maneira, a sociedade civil entrou na Justiça Constitucional brasileira e a audiência pública é seu canal de maior expressão”. [47]

4. É possível, necessário e pertinente ouvir a população?

A ideia da realização da audiência pública poderia ser uma solução para o problema do contato entre o STF e a sociedade, já que institucionaliza esse contato, provoca debates na população e traz novos argumentos aos ministros. Porém, diante do desenho institucional que a Constituição conferiu ao STF, da hermenêutica constitucional e das características próprias de um Tribunal Constitucional, será mesmo que a audiência pública é uma solução?

---

[46] MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Sociologia e Política,** Curitiba, v. 25, n. 62, p 131-156, 2017. p. 136.

[47] RAIS, Diogo. **A sociedade e o Supremo Tribunal Federal:** o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 57.

Ou, indo mais longe, será que o STF realmente necessita de um contato com a sociedade? Esse contato ajudaria o Tribunal em sua tarefa interpretativa? São várias as questões e argumentos que podem ser levantadas para problematizar o instrumento da audiência e do contato STF/sociedade de um modo geral. Aqui serão levantados alguns a fim de falsear a ideia de que uma aproximação do Tribunal com a população seria necessário ou pertinente para a hermenêutica cotidiana que o STF opera.

Lenio Luiz Streck vai levantar o argumento da autofagia do Judiciário, lançando a seguinte pergunta: se o STF deve ouvir e se submeter à 'voz das ruas', qual seria função dos juízes? E qual seria então o valor da Constituição? Ouvir a população tornaria o Judiciário autofágico: eliminaria a sua própria função, se tornando um órgão plebiscitário, o que definitivamente não é sua natureza. [48]

Se for esperado que o STF ouça a população, se estará esperando algo que é simplesmente estranho à sua função. Afinal, o Tribunal é contramajoritário, ou seja, não precisa acompanhar as maiorias. Sua função é zelar pelo todo constitucional, por isso tem de ser distante para analisar as questões com imparcialidade, independência, seriedade e sem ser influenciado por ''paixões'' que não condizem com a figura de um juiz. Às vezes o Tribunal tem de ser impopular. Sua função não é agradar e não é ser representativo.

Mesmo que se esqueça disto e se venha a defender que o Tribunal deve ouvir a 'voz do povo', há mais um problema: a 'voz do povo' é múltipla e é sazonal. E sendo assim, qual seria a 'voz' mais adequada? [49] Pode-se responder que a 'voz' mais adequada é aquela que mais condiz com a Constituição. Mas aí a 'voz do povo' se torna desnecessária: se deve ser escolhida dentre as vozes a que mais se encaixa com a Constituição, então não se precisa mais das vozes. É só olhar a Constituição e realizar uma interpretação dela própria. E

[48] STRECK, Lenio Luiz. Se o Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual o valor da Constituição? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 de abril de 2018.

[49] MORBACH, Gilberto; DIAS, Giovanna. Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo? **Consultor Jurídico,** São Paulo, 4 de agosto de 2018.

se a voz for antijurídica ou ainda anticonstitucional? Por óbvio que ela não poderia nem ser considerada, e muito menos vincular a decisão do Tribunal.

Ora, a Constituição não foi feita para se submeter à sazonalismos. Ela tem pretensão de estabilidade. Lógico que isso não impede reformas constitucionais. Mas essas reformas são feitas no lugar que tem o potencial de ser o mais representativo dos Poderes: o Legislativo. Lá toda a 'voz da sociedade' deve ser ouvida. No Parlamento, a população pode contribuir para o aprimoramento do texto constitucional. Não esquecendo, claro, que a Constituição tem toda uma estrutura principiológica a ser preservada.

Mas, se deve considerar também que a Constituição já é de certa forma a expressão da maioria. Ela corresponde aos valores que imperam (e que devem imperar) na sociedade, feita a partir do consenso que refundou a sociedade e a ordem jurídica.

Poder-se-ia argumentar que dentro da constitucionalidade há diversas formas de solucionar problemas e que a população poderia contribuir oferecendo diversas visões. Porém, certamente as diversas formas de pensar vão estar expostas durante o processo: tanto pelos votos dos próprios ministros, que podem chegar à mesma conclusão por caminhos diferentes, nas manifestações dos advogados e do Ministério Público. Só por isso o processo decisório já é plural. De certo que isso não vai cobrir todas as possibilidades de opiniões. Mas nem mesmo que se permitisse a participação da população se poderia ouvir todas as formas de pensar possíveis sobre determinada matéria.

Pode-se argumentar que o povo tem conhecimento das matérias fáticas que envolvem os processos, já que vivem diariamente com as diversas facetas da realidade, como a ordem jurídica opera na prática. Esse é um ponto onde o contato STF/sociedade poderia ser pertinente e é uma das possibilidades para convocação da audiência pública. E, claro, que a interpretação deve considerar a realidade. Mas pode a Constituição se submeter aos fatos? Esse contato da Constituição com a realidade deve servir

para fortalecer sua força normativa, para que ela saia do processo hermenêutico mais fortalecida. Esse se mostra talvez o único caso onde o contato STF/sociedade pode ser pertinente. Mas só em poucas situações, onde o próprio conhecimento prático dos ministros é insuficiente para esclarecer como as normas operam na realidade.

A audiência pública pode servir para que se estabeleça um diálogo. Mas, para ser representativa, a 'vontade da população' manifestada nesse diálogo deveria prevalecer. Se o STF ouve a sociedade e não é influenciado ou não se submete, qual a razão de ouvir? Ouvir, então se torna um fim em si mesmo: ouvir pelo simples fato de ouvir. Mas como já foi dito, o STF não precisa ser representativo.

A hermenêutica constitucional é regida por princípios que fazem a Constituição prevalecer. O Princípio da Supremacia da Constituição, da Efetividade, da Força Normativa e da Interpretação Conforme demonstram a centralidade e a soberania que a Constituição tem no processo hermenêutico do STF. E mais: o Princípio da Correção Funcional impõe que o órgão responsável pela interpretação respeite as atribuições que lhe foram designadas. E a Constituição não delegou ao STF nenhum papel representativo.

O Supremo Tribunal Federal tem legitimidade democrática, a despeito de seus membros não serem eleitos, sendo esta uma posição defendida por várias posições diferentes, tal como demonstrado acima. O contato STF/sociedade não daria legitimidade democrática, ela já existe. Sua autoridade também não depende de sua conformação ou não com a 'voz do povo', mas sim com a sua fidelidade ao texto constitucional. O STF é guardião da Constituição, portanto, deve ser o primeiro a defender sua eficácia e o seu cumprimento. A Jurisdição Constitucional é um dos lugares mais privilegiados para se concretizar a Constituição.

E, quando o STF aplica a Constituição, além de cumprir sua função institucional está dando segurança jurídica a seus julgados.

Conhecer a constituição deve implicar saber como o Tribunal julgará.

E a população, da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal, deve lutar pela eficácia da Constituição. O povo deve ter a 'vontade de Constituição' de que fala Konrad Hesse:

> De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.
> Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. [50]

A audiência pública não é uma solução porque a própria questão do contato do STF com a sociedade não é um problema (no sentido comum do termo) que precise de uma solução. O Tribunal não precisa ser representativo, é por natureza contramajoritário e deve obediência tão somente à Constituição. Ora, se ao interpretar a Constituição, o STF atender às suas atribuições constitucionais e respeitar os princípios hermenêuticos, certamente já cumpriu sua missão institucional.

Considerações Finais:

Ao levantar a pergunta sobre o contato do Supremo Tribunal Federal com a sociedade para analisar a sua possibilidade, necessidade e pertinência, levantou-se a hipótese de que esse contato corresponderia a essas categorias: seria possível, necessário e pertinente para uma hermenêutica adequada da Constituição, principalmente através do instrumento da audiência pública. Bem, *ex positis*, conclui-se que: apesar de possível, o uso da 'voz do povo'

[50] HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. p. 15.

e do contato STF/sociedade em suas decisões não é necessário e só é pertinente em dadas situações. Ele é possível, porque existe legislação tanto advinda do Parlamento como do próprio STF que permite a realização da audiência pública (as leis 9869/99, 9882/99 e o RISTF).

Porém, não é necessário por várias razões: o Tribunal tem legitimidade democrática, ele tem um papel contramajoritário a cumprir, a hermenêutica constitucional impõe que prevaleça a Constituição, o STF é guardião desta e deve ser independente no momento da decisão. Entre a Constituição e a voz do povo, aquela deve prevalecer. E esse contato só é pertinente em situações onde o conhecimento da realidade pelos ministros não é suficiente, necessitando de relatos de pessoas que vivem a realidade que se quer conhecer. A audiência pública não pode ser uma solução, já que não existe um problema (no sentido comum do termo). Por isso, o contato STF/sociedade é possível, pode ser pertinente, mas está muito longe de ser necessário.

Ressalta-se que o que esse trabalho defende não é o enfraquecimento da participação popular (nas instâncias adequadas para tanto), mas sim a força normativa da Constituição, sua capacidade de impor-se perante as situações fáticas e principalmente sua imperatividade e supremacia nas decisões do Supremo Tribunal Federal. A Constituição foi feita para ser aplicada seja pela população, seja pelo próprio Estado em todas as suas esferas de atuação, em especial no Poder Judiciário. A Jurisdição Constitucional é um dos lugares mais privilegiados para se concretizar uma Constituição que se pretende dirigente e compromissária e, acima de tudo, efetiva e eficaz. Por isso, a autoridade das decisões do STF não pode vir de sua conformidade ou não com a 'voz das ruas' mas sim com sua (sempre) conformidade com a Constituição.

Referências:

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV,** São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23-50, 2015.

BERMAN, José Guilherme. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 7, n. 31, p. 25-57, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2018.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito,** São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 218-227, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, n. 202, p. 159-179, 2014.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘’procedimental’’ da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20%20-%20Hesse.pdf> Acesso em: 27 ago. 2018.

_____. **Escritos de Derecho Constitucional.** 2. ed. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1992.

MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Sociologia e Política,** Curitiba, v. 25, n. 62, p 131-156, 2017.

MORBACH, Gilberto; DIAS, Giovanna. Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo? **Consultor Jurídico,** São Paulo, 4 de agosto de 2018. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-ago-04/diario-classe-numa-democracia-judiciario-assumir-papel-representativo>. Acesso em: 4 set. 2018.

RAIS, Diogo. **A sociedade e o Supremo Tribunal Federal:** o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SEROTA, Michael. Popular Constitutional Interpretation. **Connecticut Law Review,** Hartford, v. 44, p. 1635-1673, 2012.

SCHAUER, Fredrick. Judicial Supremacy and the Modest Constitution. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, p. 1045-1067, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Se o Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual o valor da Constituição? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao> Acesso em: 27 ago. 2018.

5

Estado laico para quem? A inconstitucionalidade de leis municipais confessionais de Ponta Grossa

Alisson Alves Pepe [1]
Pedro Fauth Manhães Miranda [2]

Introdução:

Em 29 de março de 2016, a Lei Municipal nº 12.450/2016, de autoria do Vereador Marcelo A. de Barros (PT), foi aprovada na cidade de Ponta Grossa - PR. Tal Lei determinou que as todas as escolas de ensino fundamental, públicas e privadas, do Município, mantenham entre o acervo de suas bibliotecas ao menos um exemplar da bíblia, mantido em destaque.

> Art. 1º As escolas públicas e privadas de ensino fundamental, localizadas no Município de Ponta Grossa, ficam obrigadas a manter, em suas bibliotecas, ao menos um exemplar da bíblia para consulta de seus alunos.
> § 1º Os exemplares deverão ficar em local de destaque, sendo disponibilizados na forma impressa, em braile e áudio.
> § 2º As versões da bíblia em braile e em áudio poderão ser disponibilizadas caso a escola tenha interesse.

[1] Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). E-mail: alissonpepe1@gmail.com

[2] Docente na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Sociedade Educativa e Cultural Amélia (SECAL), e Instituto de Filosofia e Teologia Mater Ecclesiae (IFITEME). E-mail: pedromiranda.adv@gmail.com

> Art. 2°. Durante a semana que antecede o Dia da Bíblia, será permitido às instituições, que assim desejarem, distribuir exemplares da Bíblia nos pátios da escola, desde que acordado previamente com a direção escolar.[3]

De modo similar, a Lei Municipal n° 10.611/2011, de autoria do Vereador Dr. Enoc Pereira Brizola (PTN), instituiu a Semana Interdisciplinar dos Estudos Bíblicos nas escolas de ensino fundamental da rede pública e privada do mesmo município.

> Art. 1° Fica instituída a Semana Interdisciplinar dos Estudos Bíblicos nas escolas de ensino fundamental da rede pública e privada, a ser realizada anualmente, na primeira semana do quarto bimestre do calendário letivo escolar.
> Art. 2° Os estabelecimentos da rede pública e da rede privada de ensino promoverão atividades pedagógicas voltadas aos estudos bíblicos através da interação das disciplinas, enfatizando a análise textual, compreensão dos fatos históricos e sociais, aspectos geográficos e produção artística, possibilitando a relação sócio-cultural com a atualidade.
> Art. 3° A participação dos alunos na Semana Interdisciplinar dos Estudos Bíblicos será facultativa, sendo necessário que o responsável pelo aluno solicite a sua dispensa, caso não haja interesse em participar do referido evento.
> Art. 4° O Poder Executivo Municipal disponibilizará exemplares da Bíblia Sagrada, através de parceria público-privado, para os alunos participantes da Semana Interdisciplinar dos Estudos Bíblicos.[4]

Por fim, a Lei Municipal n° 12.193/2015, de autoria do Vereador Pastor Ezequiel Bueno (PRB), autorizou o Poder Executivo a ceder gratuitamente o uso do Centro de Eventos a inúmeras instituições, inclusive às igrejas para a realização de eventos, desde que não cobrem ingressos.

---

[3] PONTA GROSSA. Lei Municipal n° 12.450, de 29 de março de 2016. **Diário Oficial do Município de Ponta Grossa**. Publicado em 31/03/2016, ed. n° 1760, ano VIII, p. 6.

[4] PONTA GROSSA. Lei Municipal n° 10.611, de 08 de novembro de 2011. **Diário Oficial do Município de Ponta Grossa**. Publicado em 14/07/2011, ed. n° 532, ano III, p. 1.

> Art. 1º Fica autorizado o Poder Executivo a ceder gratuitamente o uso do Centro de Eventos Cidade de Ponta Grossa, para instituições filantrópicas, de assistência social, igrejas e demais entidades assistenciais, para eventos religiosos ou filantrópicos que não cobrem ingresso do público.
> Parágrafo único. Para cumprir os objetivos desta lei a Fundação Municipal de Turismo - FUMTUR, deverá fazer constar no Termo de Compromisso de Uso a obrigatoriedade da gratuidade ao público, bem como fiscalizar o uso.[5]

Em consonância, o então Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, em março de 2015, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal quatro ações diretas de inconstitucionalidade que tratavam da inclusão obrigatória de bíblias no acervo de escolas públicas dos estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, do Mato Grosso do Sul e do Amazonas[6].

Conforme o ex-Procurador Geral da República, insculpido no art. 19, I, da Constituição Federal, o princípio da laicidade estatal "impede que o Estado promova, por atos administrativos, legislativos ou judiciais, juízo de valor sobre crenças ou conceda tratamento privilegiado a determinada religião".[7]

Nesse diapasão, soma-se que, além de violar o caráter laico estatal, as três Leis Municipais apresentadas também ofendem normas constitucionais de competência legislativa e administrativa, bem como o Princípio Federativo, a Divisão de Poderes e o Equilíbrio das Contas Públicas, conforme será demonstrado.

---

[5] PONTA GROSSA. Lei Municipal nº 12.193, de 30 de junho de 2015. **Diário Oficial do Município de Ponta Grossa**. Publicado em 29/07/2015, ed. nº 1584, ano VII, p. 2.

[6] AFFONSO, Julia; MACEDO, Fausto. Janot pede fim de obrigatoriedade da Bíblia em escolas e bibliotecas públicas. **Estadão.** São Paulo, 12/03/2015. Disponivel em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/janot-pede-fim-de-obrigatoriedade-da-biblia-em-escolas-e-bibliotecas-publicas/> Acesso em: 16/09/2018.

[7] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade 5.255/RN. Manifestação da PGR. Divulgado em 08/05/2015. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Governador do Estado do Rio Grande do Norte e Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307201501&ext=.pdf>. Acesso: 16/09/2018.

Para isso, utilizar-se-á o método dedutivo, examinando as três Leis Municipais apresentadas *supra* diante da Constituição Federal. Outrossim foi adotada a técnica de pesquisa documental indireta, agregando ao presente trabalho análises frente a jurisprudência pátria e a doutrina constitucional.

Amar a Constituição sobre todas as coisas

A separação entre a Igreja e o Estado é um dos princípios basilares do moderno Estado de Direito e, portanto, do próprio Estado brasileiro. O texto constitucional consagra uma República oficialmente neutra perante a questão religiosa, isto é, que não interfere no exercício religioso, ao passo que não deve sofrer interferência ilegítima de nenhuma religião.

No entendimento de Daniel Sarmento, ao analisar a laicidade do Estado frente a existência e permanência de crucifixos em tribunais, conclui-se que:

> A laicidade estatal, que é adotada na maioria das democracias ocidentais contemporâneas, é um princípio que opera em duas direções. Por um lado, ela salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenções abusivas do Estado nas suas questões internas, concernentes a aspectos como os valores e doutrinas professados, (...) **Mas, do outro lado, a laicidade também protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, impedindo todo o tipo de confusão entre o poder secular e o democrático.** (Destacou-se)[8]

Nesse passo, a laicidade estatal proporciona o convívio pacífico entre as diversas confissões religiosas, ateístas, agnósticos, céticos, sem religião, etc.

Assim, na seara constitucional, tal caráter laico é expresso na vedação ao Poder Público de estabelecer cultos religiosos ou igrejas,

[8] SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. **Revista Eletrônica PRPE**. Maio de 2007.

subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, conforme determina o art. 19, I, da Carta Magna:

> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, **subvencioná-los**, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (Grifo nosso)

Ao explorar o sentido do termo "subvencionar" no dispositivo *supra* apresenta-se o entendimento de José Afonso da Silva, comentando dispositivo idêntico ao atual art. 19, I, na Constituição da República de 1967:

> Pontes de Miranda esclareceu bem o sentido das várias prescrições nucleadas nos verbos do dispositivo: estabelecer cultos religiosos está em sentido amplo: criar religiões ou seitas, ou fazer igrejas ou quaisquer postos de práticas religiosas, ou propaganda. Subvencionar cultos religiosos está no sentido de concorrer, com dinheiro ou outros bens da entidade estatal, para que se exerça a atividade religiosa.[9]

Assim sendo, tal expressão foi empregada em termos genéricos abrangendo todo e qualquer tipo de transferência de recursos, conforme o Estudo Técnico nº 16/2007, realizado pela Câmara dos Deputados, a seguir citado:

> Subvenção, que vem latim subventione, significa receber auxílio pecuniário concedido pelos poderes públicos. Portanto, esse termo não se refere ao tipo de transferência corrente definido nas LDO's que restringe a transferência às áreas de educação, cultura, saúde e assistência social. Ele foi empregado em termos genéricos abrangendo todo e qualquer tipo de transferência de recursos,

[9] MIRANDA, Pontes de *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 254-255.

> incluindo os auxílios, as contribuições correntes e as contribuições de capital.[10]

O Poder Público ao ter que adquirir, às custas do erário público, título específico da tradição judaico-cristã para bibliotecas de escolas públicas (Lei Municipal nº 12.450/2016) e para a distribuição de exemplares nos pátios de tais instituições durante a Semana Interdisciplinar de Estudos Bíblicos (Lei Municipal nº 10.611/2011) estabelece auxílio pecuniário a determinada religião, realizando clara subvenção a atividade religiosa.

Sobre outro ângulo, um argumento que defenda que tais Leis objetivam meramente o enriquecimento do acervo das bibliotecas públicas das escolas é facilmente rebatido, haja vista que o diploma municipal determina que os exemplares das bíblias fiquem em local de destaque, tratando com notoriedade e distinção os respectivos títulos, isto é, demonstrando a pretensão de não apenas adquiri-los para pesquisas, leitura ou outros fins didáticos.

"Fosse esse o intuito, deveria necessariamente ter observado as diversidades culturais e religiosas do Brasil, não podendo prestigiar e beneficiar livro-base de crença específica em detrimento das demais" destaca Rodrigo Janot, ao questionar a constitucionalidade de Lei semelhante perante o STF.[11]

De modo semelhante, a Lei Municipal nº 12.193/2015, ao permitir a isenção de cobrança para a realização de cultos religiosos no Centro de Eventos, admite intervenção direta do Estado no financiamento de atividade religiosa.

---

[10] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Transferência de recursos públicos para entidades eclesiásticas e o alcance do art. 19, inciso I, da Constituição Federal**. Brasília, 2007. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2007/ET%20n%2016%20%20-%20contribuicoes%20a%20igrejas%20_2_.pdf>. Acesso 17/09/2018.

[11] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade 5.255/RN. Manifestação da PGR. Divulgado em 08/05/2015. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Governador do Estado do Rio Grande do Norte e Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307201501&ext=.pdf>. Acesso: 16/09/2018.

Nesse caso a subvenção se dá ao isentar a taxa de cobrança às igrejas, lembre-se que a subvenção não ocorre "necessariamente, pela transferência de recursos financeiros à entidade religiosa, uma vez que esta pode manifestar-se de outras formas como, por exemplo, uso de terrenos, móveis ou equipamentos."[12]

Ademais, ao isentar a cobrança da taxa de locação para os eventos que tenham entrada gratuita, a Lei possibilita que igrejas utilizem o espaço para a venda e promoção de produtos sem nenhuma contrapartida.

Assim sendo, uma vez que a Lei Municipal nº 12.450/2016 obriga as escolas, nesse caso públicas, a manter ao menos um exemplar da bíblia, que a Lei Municipal nº 10.611/2011 determina que o Poder Executivo disponibilize exemplares da Bíblia Sagrada, através de parceria público-privado, para os alunos participantes da Semana Interdisciplinar dos Estudos Bíblicos, e que a Lei Municipal nº 12.193/2015 autoriza o Poder Executivo a ceder gratuitamente o uso do Centro de Eventos Cidade de Ponta Grossa para igrejas, ocorre nítida subvenção do Estado à atividade religiosa, violando, portanto, o art. 19, I, da Constituição Federal.

Não cobiçar a competência legislativa alheia

Sabe-se que a forma federativa do Estado brasileiro constitui elemento essencial de identidade constitucional desde 1891.[13]

No entendimento de Dalmo de Abreu Dallari o federalismo consiste em uma "aliança ou união de estados" onde "os Estados que ingressam na federação perdem sua soberania no momento mesmo

[12] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Transferência de recursos públicos para entidades eclesiásticas e o alcance do art. 19, inciso I, da Constituição Federal**. Brasília, 2007. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2007/ET%20n%2016%20%20-%20contribuicoes%20a%20igrejas%20_2_.pdf>. Acesso 17/09/2018.

[13] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 215.

do ingresso, preservando, contudo uma autonomia política limitada".[14]

Disso decorre a repartição de competências entre a União, os Estados e os Municípios, conforme explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seu Curso de Direito Constitucional:

> (...) daí as competências reservadas ou exclusivas da União ou dos Estados. Neste caso, somente quem recebeu a competência pode dispor sobre a matéria, com exclusão de qualquer outro. Daí, por exemplo, o poder constituído da União não poder invadir a esfera de competência dos Estados, sob pena de inconstitucionalidade.[15]

Apesar do ordenamento possibilitar a administração municipal a interferir no exercício do direito de propriedade, o artigo 22, I, da Constituição da República reserva privativamente à União legislar sobre Direito Civil, isto é, determina à União a competência para editar leis acerca de matérias que promovam intervenção no direito, e não só no exercício, de propriedade privada e na ordem econômica.

Nesse vértice, ao tornar obrigatória a inclusão de obra específica no acervo de bibliotecas **particulares** o legislador culminou por disciplinar e intervir no funcionamento desses estabelecimentos, determinando o modo de agir de instituições de ordem privada, tema central do Direito Civil. Esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro perante ação que questionou a constitucionalidade de Lei Estadual que obrigava a manutenção de exemplares da bíblia sagrada, vide os arestos:

> REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Estadual nº 5.998/11. Obrigação de manutenção de exemplares da bíblia sagrada em bibliotecas situadas no âmbito deste estado. (...) Matéria atinente ao direito de propriedade e à liberdade

[14] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 252.

[15] FERREIRA FILHO, Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Saraiva. p. 71.

> econômica. Invasão na esfera de competência privativa da União para legislar sobre direito civil. (...)[16]

Conforme a decisão do desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos, no mencionado caso, "no pertinente à obrigação imposta aos estabelecimentos privados, constata-se a inconstitucionalidade formal do ato normativo impugnado, por invasão da esfera de competência privativa da União"[17].

Nesse diapasão, infere-se vício formal a norma municipal nº 12.450/2016, ao determinar que também escolas privadas mantenham em seu acervo um exemplar da Bíblia, bem como a Lei Municipal nº nº 10.611/2011, ao instituir as atividades a serem realizadas na Semana Interdisciplinar dos Estudos Bíblicos em instituições de ensino, inclusive privadas, ante a violação do artigo 22, I, da Constituição Federal.

Não regular as entidades administrativas do teu próximo

Ainda invocando o princípio federativo, tem-se que cada ente é competente para administrar suas próprias entidades administrativas, nesse caso, suas próprias instituições de ensino.

Trata-se do Princípio da Simetria aplicado entre os dispositivos da Constituição Federal, das Constituições Estatais e das Leis Orgânicas Municipais, que tratam da atribuição do Poder Executivo de cada esfera federativa (União, Estados e Municípios) de regulamentar seus próprios órgãos e entidades administrativos.

Nesse raciocínio apresenta-se o art. 87, I, da Constituição Federal:

---

[16] RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADI: 0066288-37.2014.8.19.0000. Representante: Procurador-Geral de Justiça-RJ. Representado: Presidente da Assembleia Legislativa-RJ. Relator: Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos. Dj: 21/10/2015, p. 75. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040F7C70BD069B2496048F9C6E07A88830C5042B382E46&USER=>, Acesso em 11/09/2018.

[17] Ibid., p. 79.

> Art. 87. (...)
> Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:
> I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da **administração federal** na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;[18] (Destacou-se)

De modo correspondente tem-se o disposto no art. 87, III, da Constituição do Estado do Paraná, que atribui a membros do Executivo estadual a exercer orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração estadual:

> Art. 90. Os Secretários de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício de seus direitos políticos.
> Parágrafo único. Compete ao Secretário de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:
> I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da **administração estadual**, na área de suas atribuições, e referendar os atos e decretos assinados pelo Governador;[19] (destacou-se)

E, por fim, o teor do art. 73, I, da Lei Orgânica do Município de Ponta Grossa determinada que os membros do Executivo municipal (Secretários Municipais) exerçam a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração municipal:

> Art. 73. Os Secretários Municipais de Ponta Grossa serão escolhidos pelo Prefeito Municipal dentre brasileiros maiores de vinte e um anos, no exercício de seus direitos políticos.

---

[18] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF, 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 18/09/2018.

[19] PARANÁ. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Paraná**. Publicado no Diário Oficial nº. 3116, de 5 de Outubro de 1989. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=9779&codTipoAto> Acesso em 18/09/2018.

> Parágrafo Único - Compete aos Secretários Municipais, além de outras atribuições estabelecidas em lei:
> I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e das entidades da **administração municipal**, na área de sua atribuição, e referendar os atos e decretos determinados pelo Prefeito Municipal;[20] (destacou-se)

Assim sendo, padece de inconstitucionalidade lei de nível municipal que apresente regras de funcionamento para bibliotecas estaduais e federais (órgãos administração pública estadual e federal).

Desse modo, a Lei Municipal nº 12.450/2016, que determina que todas as escolas de ensino fundamental de Ponta Grossa, inclusive as estaduais e as federais, mantenham bíblia em seu acervo, bem como a Lei Municipal nº 10.611/2011, que institui a Semana Interdisciplinar dos Estudos Bíblicos também em instituições de ensino estaduais e federais, promovem invasão indevida na esfera de competência de outros entes federativos, revelando assim, inconstitucionalidade frente ao Princípio Federativo.

Não pecar contra a trindade: da violação da divisão dos três poderes

Com efeito, ao disciplinar sobre o funcionamento das escolas públicas, que são órgãos da administração pública, as Leis Municipais nº 12.450/2016 e nº 10.611/2011, devido aos seus projetos terem sido concebidos por vereadores, ferem o disposto no artigo 61, § 1º, II, 'e' da Constituição Federal, uma vez que deve ser de iniciativa do chefe do executivo, nesse caso o Prefeito Municipal, a criação de lei que disponha sobre a atribuição de órgão da administração pública (instituição pública de ensino).

Em seu Curso de Direito Constitucional, ao tratar sobre o tema, o professor Ingo Sarlet explica que:

---

[20] PONTA GROSSA. **Lei Orgânica do Município de Ponta Grossa**. Publicada em 05 de março de 1990. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/lei-organica-ponta-grossa-pr> Acesso em 18/09/2018.

> A Constituição confere iniciativa privativa, em relação a certos temas, a determinados órgãos públicos. Isso quer dizer que, no que toca a certo tema, a iniciativa de apresentação de projeto de lei, ou seja, a incoação do processo de produção da lei, pode ser privativa de determinado órgão ou agente público. Assim, o art. 93 afirma que "lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura". Fora daí, há vício de iniciativa, de modo que um senador não pode apresentar projeto de lei para modificar o Estatuto da Magistratura.[21]

Tal dispositivo constitucional norteia a chamada "reserva de iniciativa": a atribuição do Chefe do Executivo de dispor sobre a estrutura, organização e funcionamento da Administração Pública, cujo dispositivos simétricos são o art. 66, IV da Constituição do Estado do Paraná e o artigo 54, IV da Lei Orgânica do Município de Ponta Grossa.

Conforme se mostra, normas de igual teor, que determinam ser de iniciativa privativa do chefe do executivo as leis que disponham sobre a criação, extinção, estruturação e atribuições de órgãos da administração pública, existem na Constituição Federal[22], na Constituição Estadual do Paraná[23], e, por fim, na Lei Orgânica Municipal de Ponta Grossa[24].

---

[21] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 200.

[22] Art. 61. (...) § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II - disponham sobre: e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF, 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 18/09/2018.

[23] Art. 66. Ressalvado o disposto nesta Constituição, são de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre: (...) IV - criação, estruturação e **atribuições** das Secretarias de Estado **e órgãos da administração pública**. (Grifo nosso). PARANÁ. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Paraná**. Publicado no Diário Oficial nº. 3116, de 5 de Outubro de 1989. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=9779&codTipoAto> Acesso em 18/09/2018.

[24] Art. 54. Ressalvado o disposto nesta Lei Orgânica, são de iniciativa privativa do Prefeito Municipal as leis que disponham sobre: (...) IV - criação, estruturação e **atribuições** das Secretarias Municipais, **órgãos e entidades** da Administração Direta, Indireta e Fundacional do Poder Executivo; (Grifo nosso). PONTA

Tratando da inconstitucionalidade de Lei Municipal Caraguatatuba semelhante as aqui impugnadas, vide aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL 1842/2010 DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA, QUE DISPÕE SOBRE A EXIGÊNCIA DE LEITURA DE VERSÍCULO BÍBLICO NO INÍCIO DE CADA AULA E EM CERIMÔNIAS OFICIAIS NAS ESCOLAS DA REDE MUNICIPAL, DETERMINA A DISTRIBUIÇÃO DE BÍBLIAS NAS ESCOLAS MUNICIPAIS E DETERMINA QUE SEJA CONSIDERADA FALTA GRAVE A CONDUTA DO SERVIDOR QUE IMPEDIR OU NEGLIGENCIAR O CUMPRIMENTO DA ORDEM LEGAL.
> (...)
> **Vício de iniciativa. matéria de iniciativa reservada ao chefe do executivo.** Ofensa ao princípio da separação de poderes. Ofensa aos arts. 5º, caput. 24, § 2º, 4 e § 5º, I, 237, VII, e do art. 144 da constituição estadual. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação procedente.[25] (Grifo nosso).

Ressalta-se que perante decisão semelhante a Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro interpôs Recurso Extraordinário, o qual teve provimento negado pelo ministro Celso de Mello, que manteve a mesma posição:

> No tocante à alegada violação à reserva de iniciativa quanto à lei discutida nestes autos, que a pretensão recursal revela-se inacolhível, considerada a diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na apreciação do litígio em debate. (...) "III – Independência e Separação dos Poderes: processo legislativo: iniciativa das leis: competência privativa do Chefe do Executivo. Plausibilidade da alegação de inconstitucionalidade de expressões e dispositivos da lei estadual questionada, de iniciativa

GROSSA. **Lei Orgânica do Município de Ponta Grossa**. Publicada em 05 de março de 1990. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/lei-organica-ponta-grossa-pr> Acesso em 18/09/2018.

[25] SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADI: 0497605-32.2010.8.26.0000. Órgão Especial. Representante: Prefeito do Município de Caraguatatuba. Representado: Presidente da Câmara Municipal de Caraguatatuba. Relator: Campos Mello. Data de Julgamento: 16/03/2011. Data de Publicação: 12/04/2011.

> parlamentar, que dispõem sobre criação, estruturação e atribuições de órgãos específicos da Administração Pública, criação de cargos e funções públicos e estabelecimento de rotinas e procedimentos administrativos, que são de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, e), bem como dos que invadem competência privativa do Chefe do Executivo (CF, art. 84, II). Consequente deferimento da suspensão cautelar da eficácia de expressões e dispositivos da lei questionada." (RTJ 197/176-178, 177, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE)[26]

Salienta-se, por fim, trecho da decisão já mencionada sobre a representação de inconstitucionalidade de Lei Estadual do Rio de Janeiro que determinou que escolas estaduais, federais e municipais, mantivessem exemplares da bíblia em suas bibliotecas:

> Registre-se, ademais, que padece de inconstitucionalidade a delimitação, por diploma estadual, de regras de funcionamento de bibliotecas municipais e federais, seja porque a iniciativa legislativa é de ser atribuída, respectivamente, ao Prefeito e ao Presidente da República, seja porque implica invasão indevida na esfera de competência daqueles entes federativos, aos quais incumbe regulamentar os órgãos vinculados à sua própria administração, em observância ao princípio da separação e harmonia dos poderes.[27]

Conclui-se que ao regulamentar que órgãos da administração pública (instituições públicas de ensino) mantenham bíblias (Lei Municipal nº 12.450), ao criar a Semana Interdisciplinar de Estudos Bíblicos nas escolas públicas (Lei Municipal nº 10.611), e ainda, ao

[26] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.014.615. Rio de Janeiro. Relator Ministro Celso de Mello. Data de julgamento 10/03/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311424048&ext=.pdf> Acesso em: 18/09/2018., p. 6.

[27] RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADI: 0066288-37.2014.8.19.0000. Representante: Procurador-Geral de Justiça-RJ. Representado: Presidente da Assembleia Legislativa-RJ. Relator: Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos. Dj: 21/10/2015, p. 79. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040F7C70BD069B2496048F9C6E07A88830C5042B382E46&USER=>, Acesso em 11/09/2018.

determinar, em seu parágrafo único, que os objetivos e a fiscalização da isenção da taxa de locação do Centro de Eventos ficará a cargo da Fundação Municipal de Turismo (Lei Municipal n° 12.193), tais diplomas usurpam competência do Poder Executivo, adentrando em matéria afeta ao mérito administrativo.

Honrar o equilíbrio das contas públicas

Por fim, a Constituição Federal de 1988 adotou de forma implícita o princípio do equilíbrio fiscal do Estado, também chamado de equilíbrio das contas públicas, no Capítulo II – Das Finanças Públicas, do Título VI – Da Tributação e do Orçamento, podendo ser citados, a título exemplificativo para efeitos de exegese do referido princípio, o seguinte dispositivo:

> Art. 165. ...
> (...)
> § 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.[28]

O télos da temática na Constituição é no sentido de assegurar o equilíbrio entre a receita e a despesa do Estado, assim garantindo a estabilidade econômica necessária para permitir que o ente público possa prestar os serviços para os quais foi criado de modo contínuo, eficaz e duradouro.

Toda a moderna legislação fiscal brasileira realça o princípio do equilíbrio fiscal: assim é que a Lei de Responsabilidade Fiscal do Estado – Lei Complementar Nacional n. 101/2000 – que foi prevista

[28] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF, 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 18/09/2018.

pela Constituição Federal e expressamente albergada pela Constituição do Estado do Paraná (art. 137), adota, expande e efetiva o princípio do equilíbrio fiscal nos seguintes termos:

> Art. 1º ...
> § 1º. A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.
> § 2º. As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.[29]

Por derradeiro, destaca-se que tanto a Lei Municipal que determina a aquisição de bíblias para as escolas públicas quanto a que isenta de custo a utilização do Centro de Eventos Municipal por igrejas lesionam o princípio do equilíbrio orçamentário, diante do aumento da despesa sem qualquer responsabilidade na gestão fiscal.

Ressalta-se que o município de Ponta Grossa estabeleceu o valor de R$ 7.500,00 para a utilização diária do Centro de Eventos.[30]

Em consulta da Prefeitura Municipal de Ponta Grossa à Fundação Municipal de Turismo, em face de análise da viabilidade de ajuizamento de uma Ação Declaratória sobre o tema, obteve-se que apenas durante o exercício de 2017 a Prefeitura deixou de arrecadar R$ 67.968,00 devido o benefício criado pela Lei Municipal

[29] PARANÁ. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Paraná**. Publicado no Diário Oficial nº. 3116, de 5 de Outubro de 1989. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=9779&codTipoAto> Acesso em 18/09/2018.

[30] O art. 11, § 2º, do Decreto nº 7.430/2013, com a alteração realizada pelo Decreto nº 8635/2014, fixa o preço público para de utilização diária do Centro de Eventos de Ponta Grossa em 100 VRs (Valor de Referência). O Decreto nº 12.160/2016 estabelece que o valor de referência corresponde a R$ 75,00. Desse modo, a diário do Centro de Eventos custa R$ 7.500,00.

nº 12.193/2015, utilizado pela União Sul Brasileira da Igreja Adventista do Sétimo Dia.

Inconstitucionalidade frente à Constituição Estadual do Paraná

Apresentados os cinco pontos em que as três Leis Municipais aqui inquinadas não se adéquam à Constituição Federal deve-se mencionar, sob pena de tornar infrutífera tal discussão, que o parâmetro de Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade de diplomas municipais é a Constituição Estadual, nesse caso, a Carta do Paraná, e não a Constituição Federal.

Todavia, a Constituição do Estado do Paraná alberga os princípios consagrados da Constituição Federal já em seu primeiro artigo.

> Art. 1º. O Estado do Paraná, integrado de forma indissolúvel à República Federativa do Brasil, proclama e assegura o Estado democrático, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais, do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e tem por princípios e objetivos:
> I - o respeito à unidade da Federação, a esta Constituição, à Constituição Federal e à inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais por ela estabelecidos;[31]

Outrossim, as normas e os princípios da Constituição Federal violados pelas Leis Municipais citadas encontram dispositivos correspondentes na Constituição do Estado de Paraná, conforme demonstra-se:

[31] PARANÁ. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Paraná**. Publicado no Diário Oficial nº. 3116, de 5 de Outubro de 1989. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=9779&codTipoAto> Acesso em 18/09/2018.

	MATÉRIA IMPUGNADA	VIOLAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ
Laicidade Estatal	Ao obrigar as escolas a manter a Bíblia em destaque; ao instituir a "Semana Interdisciplinar dos Estudos Bíblicos"; ao isentar a taxa de uso do Centro de Eventos do município a igrejas.	Artigo 178, VI, que assegura o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e religiosas nas instituições públicas e privadas de ensino.
Princípio da Reserva Legislativa	Ao legislar sobre Direito Civil.	Artigo 17, não apresenta como competência municipal legislar sobre Direito Civil.
Princípio Federativo	Ao legislar sobre o funcionamento de escolas estaduais e federais.	Artigo 1º, I, assegura o respeito à federação.
Reserva administrativa (Divisão de Poderes)	Ao editar Lei de iniciativa privativa do chefe do executivo.	Artigo 63, IV, apresenta a aceitação do Princípio da Reserva Administrativa.
Equilíbrio das Contas Públicas	Ao aumentar as despesa sem responsabilidade na gestão fiscal.	Artigo 137, alberga a Lei de Responsabilidade Fiscal do Estado.

Assim sendo, fica demonstrada a não adequação das Leis Municipais apresentadas também perante a Constituição Estadual do Paraná.

Considerações Finais

Nota-se que a interferência da questão religiosa que afeta o Estado e que, por vezes, engloba outros diversos vícios de constitucionalidade, não consiste em fenômeno solitário e inexpressivo na *terrae brasilis*.

Em março de 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439, em que a Procuradoria-Geral da República demandava que dispositivos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) fossem interpretados de modo assegurar

que o ensino religioso não pudesse ser vinculado à religião específica nas escolas públicas, bem como, que fosse proibida a admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas. A ação foi julgada improcedente.[32]

Em 2016 foi questionada a existência de símbolos religiosos em prédios públicos do Poder Judiciário frente ao Conselho Nacional de Justiça. A manutenção de tais objetos viola o Estado Laico ao não levar em consideração a existência de religiões diversas da cristã no território brasileiro.

No entanto, o CNJ, desconsiderando que o caráter laico do Estado dedica-se também a assegurar condições de igualdade entre religiões, entendeu que o pedido, por atender uma minoria religiosa, não deveria ser acatado, não exitando em reconhece a existência de um "teísmo explícito" no Estado Brasileiro:

> O ato de retirar um crucifixo de espaço público, que tradicionalmente e historicamente o ostentava, é ato eivado de agressividade, intolerância religiosa e discriminatório, já que atende a uma minoria, **que professa outras crenças**, ignorando o caráter histórico do símbolo no Judiciário brasileiro.
> (...)
> Ora, se a própria Constituição Federal traz em seu bojo que foi promulgada "sob a proteção de Deus", se está impresso nas cédulas do real "Deus seja louvado", se inúmeros feriados são religiosos, **vemos que o teísmo explícito do Estado brasileiro** se manifesta também na manutenção dos símbolos cristãos, seguindo a tradição lusitana que forjou nosso país. (Destacou-se)[33]

Ademais, agora no âmbito Legislativo, a chamada bancada evangélica consiste em 84 parlamentares, que representam 23 Estados e 21 legendas, ademais, que participam de 159 das 184

[32] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF conclui julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas. **Notícias STF**. Data de publicação: 27/09/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357099> Acesso: 19/09/2018.

[33] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diário da Justiça**. Edição nº 107/2016. Data de disponibilização: 24 de junho de 2016. Brasília - DF., p. 4 e 5.

comissões permanentes e temporárias da Câmara dos Deputados, conforme dados do Estadão/Bradcast.[34]

Segundo o mesmo levantamento "a comissão da PEC 200, que pretende isentar do pagamento de IPTU templos alugados, é a que recebeu o maior número de integrantes da bancada: 17 dos 21 que a compunham eram evangélicos".

Conforme levantamento através do portal da Câmara dos Deputados, em 2015 constituíam a Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional treze Deputados Federais do Paraná, são eles: Alfredo Kaefer (PP), Aliel Machado (PSD), Diego Garcia (PODE), Dilceu Sperafico (PP), Edmar Arruda (PSD), Evandro Roman (PSD), João Arruda (MDB), Leopoldo Meyer (PSB), Luiz Carlos Hauly (PSDB), Osmar Serraglio (PP), Sergio Souza (MDB), Takayama (PSC) e Toninho Wandscherr (PROS).[35]

Ressalta-se que a bancada assume preferencialmente discussões referentes identidade de gênero nas escolas, aborto, casamento entre pessoas do mesmo sexo, liberação dos jogos de azar e legalização das drogas.

Ora, tais cenários revelam a complexidade de se preservar um Estado Laico, em respeito a minorias religiosas e diversidade de pensamentos, conforme expressa o antropólogo, escritor e babalorixá (sacerdote de religião afro-africana) Pai Rodney em texto publicado na revista Carta Capital sobre a constitucionalidade do ensino religioso confessional nas escolas públicas brasileiras:

> De imediato há vencedores, e não é a maioria cristã. Venceu o retrocesso representado pelos mesmos fundamentalistas que fazem avançar pautas como a "cura gay", a redução da maioridade penal, a "escola sem partido" ou a proibição de sacrifícios de

[34] AGOSTINI, Renata. Cultos, alertas e chamados movem a bancada evangélica no Congresso. **Estado de São Paulo**. 12 de agosto de 2018. Disponível em: <http://infograficos.estadao.com.br/politica/eleicoes/2018/os-donos-do-congresso/biblia/>. Acesso em 20 set. 2018.

[35] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional. **Frentes Parlamentares**. Data de publicação: 09/11/2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53658>. Acesso em: 21/09/2018.

> animais nos rituais das religiões de matriz africana. Esse retrocesso que contesta as cotas raciais, a criminalização da homofobia, os direitos das empregadas domésticas, das mulheres, dos negros, dos índios, dos homossexuais. Venceu o cabresto, o coronelismo, a elite. Esses que vendem riqueza e prosperidade como mérito e esperam que pobres e desvalidos se conformem com o triste destino que Deus lhes deu.
>
> Sim, venceu a velha aliança. De quem será o reino dos céus? Como bem mostra a História, quando a religião domina o Estado, as consequências são desastrosas – para dizer o mínimo. Sabemos bem aqueles que desde já estão condenados, os que perderam com a decisão do STF. Afro-religiosos? Sem dúvida! Mas não somente. Não-cristãos foram derrotados e com eles todos os LGBT. Índios e quilombolas, que há muito vêm sofrendo com a catequese de evangélicos, podem dar seus últimos suspiros. Quem resistirá?[36]

Assim, as Leis Municipais nº 12.450/2016, 10.611/2011, 12.193/2015, do Município de Ponta Grossa, meramente refletem a expressão desse avanço da intervenção religiosa, existente em nível nacional, que agride o Princípio da Laicidade Estatal.

Por fim, frente ao demonstrado crescimento de intervenção, de maior parte oriunda da tradição cristã, frente a temas ligados a diversos segmentos sociais que deveriam ser tratados com neutralidade, permanece a questão, 30 anos de Estado Laico para quem?

Referências:

AFFONSO, Julia; MACEDO, Fausto. Janot pede fim de obrigatoriedade da Bíblia em escolas e bibliotecas públicas. **Estadão.** São Paulo, 12/03/2015. Disponivel em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/janot-pede-fim-de-obrigatoriedade-da-biblia-em-escolas-e-bibliotecas-publicas/> Acesso em: 16/09/2018.

[36] OXOSSI, Pai Rodney. O fim do Estado Laico. **Carta Capital.** Publicado em 29/09/2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/dialogos-da-fe/o-fim-do-estado-laico> Acesso em: 19/09/2018.

AGOSTINI, Renata. Cultos, alertas e chamados movem a bancada evangélica no Congresso. **Estado de São Paulo**. 12 de agosto de 2018. Disponível em: <http://infograficos.estadao.com.br/politica/eleicoes/2018/os-donos-do-congresso/biblia/>. Acesso em 20 set. 2018

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF, 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 18/09/2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade 5.255/RN. Manifestação da PGR. Divulgado em 08/05/2015. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Governador do Estado do Rio Grande do Norte e Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307201501&ext=.pdf>. Acesso: 16/09/2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.014.615. Rio de Janeiro. Relator Ministro Celso de Mello. Data de julgamento 10/03/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311424048&ext=.pdf> Acesso em: 18/09/2018., p. 6.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Transferência de recursos públicos para entidades eclesiásticas e o alcance do art. 19, inciso I, da Constituição Federal**. Brasília, 2007. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao /estudos/2007/ET%20n%2016%20%20-%20contribuicoes%20a%20igrejas%20_2_.pdf>. Acesso 17/09/2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Transferência de recursos públicos para entidades eclesiásticas e o alcance do art. 19, inciso I, da Constituição Federal**. Brasília, 2007. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2007/ET%20n%2016%20%20-%20contribuicoes%20a%20 igrejas%20_2_.pdf>. Acesso 17/09/2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional. **Frentes Parlamentares**. Data de publicação: 09/11/2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53658>. Acesso em: 21/09/2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diário da Justiça**. Edição nº 107/2016. Data de disponibilização: 24 de junho de 2016. Brasília - DF., p. 4 e 5.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA FILHO, Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Saraiva.

MIRANDA, Pontes de *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

OXOSSI, Pai Rodney. O fim do Estado Laico. **Carta Capital.** Publicado em 29/09/2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/dialogos-da-fe/o-fim-do-estado-laico> Acesso em: 19/09/2018.

PARANÁ. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Paraná**. Publicado no Diário Oficial nº. 3116, de 5 de Outubro de 1989. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=9779&codTipoAto> Acesso em 18/09/2018.

PONTA GROSSA. Lei Municipal nº 10.611, de 08 de novembro de 2011. **Diário Oficial do Município de Ponta Grossa**. Publicado em 14/07/2011, ed. nº 532, ano III.

PONTA GROSSA. Lei Municipal nº 12.193, de 30 de junho de 2015. **Diário Oficial do Município de Ponta Grossa**. Publicado em 29/07/2015, ed. nº 1584, ano VII.

PONTA GROSSA. Lei Municipal nº 12.450, de 29 de março de 2016. **Diário Oficial do Município de Ponta Grossa**. Publicado em 31/03/2016, ed. nº 1760, ano VIII.

PONTA GROSSA. **Lei Orgânica do Município de Ponta Grossa**. Publicada em 05 de março de 1990. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/lei-organica-ponta-grossa-pr> Acesso em 18/09/2018.

RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADI: 0066288-37.2014.8.19.0000. Representante: Procurador-Geral de Justiça-RJ. Representado: Presidente da Assembleia Legislativa-RJ. Relator: Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos. Dj: 21/10/2015, p. 79. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040F7C70BD069B2496048F9C6E07A88830C5042B382E46&USER=>, Acesso em 11/09/2018.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADI: 0497605-32.2010.8.26.0000. Órgão Especial. Representante: Prefeito do Município de Caraguatatuba. Representado: Presidente da Câmara Municipal de Caraguatatuba. Relator: Campos Mello. Data de Julgamento: 16/03/2011. Data de Publicação: 12/04/2011

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. **Revista Eletrônica PRPE**. Maio de 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF conclui julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas. **Notícias STF**. Data de publicação: 27/09/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357099> Acesso: 19/09/2018

6

“O caminho se faz ao caminhar”: o direito à Assistência Social no Brasil nos marcos da Constituição Federal de 1988

André Henrique Mello Correa [1]

1. Introdução

Buscando compreender os processos constitutivos que direcionam as confluências sócio - históricas e políticas da realidade brasileira, bem como, à atuação do Estado frente às diferentes determinações de desigualdade no seu contexto concreto na vida da “massa da população”, no que atenta à política de Assistência Social, apesar dos avanços construídos, não sem esforços, mas nas tramas societárias que envolvem diferentes atores sociais e projetos distintos na arena político institucional e no âmbito da sociedade civil, através de movimentos e/ou organizações populares, tem - se que no ano corrente em que se comemora 30 anos da Constituição Federal de 1988 que (re) inaugura o Estado Democrático de Direito no contexto brasileiro, após mais de 20 anos em que o país perdurou sobre os ditames concernentes ao Regime Civil Militar (1964 - 1985), ainda tem - se muito que avançar, seja no plano legal, bem como na efetivação concreta da política, seja ainda, no âmbito cultural, em que um movimento de mudanças de paradigmas que concebem a Política de Assistência Social, não como um direito de cidadania,

[1] Graduando em Serviço Social pela Pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Estagiário de Serviço Social no Ministério Público do Estado do Paraná - 2º URATE, Ponta Grossa/PR. E-mail: a.henriquemellocorreia@gmail.com

"sendo prestada a quem dela necessitar", mas ainda, muito presente se faz a ideia da "benemerência", da "caridade", da "ajuda aos pobres", o que pressupõem construções coletivas, direcionada à uma mudança de cultura, buscando a "politização do direito". É fato, que nessa perspectiva adotada, em que a identidade atribuída a assistência social, enquanto ação moral, de caráter emergencial, acaba por deslegitimar o debate desta enquanto direito de cidadania.

O atual contexto que nos brinda, a medida que se avança rumo aos 30 anos da Carta Magna de 1988, não é um dos melhores do ponto de vista de projetos de país não tão somente no que direciona "efeitos perversos" à Política de Assistência Social, mas em todas as faces das políticas públicas de caráter social (Educação, Saúde, Esporte, Previdência Social), em que uma "política de austeridade", de viés minimalista, acaba por esvaziar e comprometer investimentos e consequentemente na qualidade dos serviços prestados, refletindo na falta de estruturas de trabalho adequadas, falta de materiais, equipes de profissionais incompletas, o que se agrava ainda mais, se considerarmos as regiões do país, no que direciona níveis de desigualdades regionais, de concentração de renda, diferentes níveis de desenvolvimento humano, zonas de maior prevalência de trabalho infantil, entre outras questões que agravam situações objetivas de vulnerabilidade e risco social e pessoal de muitos/as brasileiros/as, bem como, da população de imigrantes de outros países, que hoje se encontra em análise pelo Estado Brasileiro mais de 86 mil solicitações de refúgio, destas 10,1 mil foram concedidas, até 12 de abril de 2018, segundo dados mais recentes, divulgados pela Organização das Nações Unidos no Brasil[2]. Um movimento a se observar, é a promulgação da Emenda Constitucional 95 (senado), que institui um novo regime fiscal para os orçamentos fiscais e da Seguridade Social da União, que congela por 20 anos o investimento público com gastos primários, como

[2] BRASIL analisa mais de 86,7 mil solicitações de refúgios - 10,1 foram concedidas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-analisa-mais-de-86-mil-solicitacoes-de-refugio-101-mil-foram-concedidas/> Acesso em: 23 de setembro de 2018

saúde e educação, dois dos mais importantes instrumentos de justiça social do país. (ANFIP, 2016)

Hoje, novamente de maneira assombrosa vem se tornando comumente e perceptível em diferentes fontes informacionais de circulação nacional, notícias como a do dia 17 abril de 2018 no Jornal Carta Capital *"O que explica o aumento da extrema pobreza no Brasil?"*; ou no G1, em 16 de julho de 2018, *"Brasil registra alta de mortalidade infantil, após décadas de queda",* entre tantas outras. O Conselho Federal de Serviço Social em novembro de 2017, chamava à atenção para o corte de gastos no ano corrente, apontando que "na Proteção Social Básica em 2018, foi de 55,76%, o que inviabiliza a oferta mínima de atenção à população nos serviços oferecidos pelos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS). Em relação à Proteção Social Especial de Média Complexidade, o corte de 44,24% significa uma redução de R$ 299 milhões, em relação ao valor de R$ 536.260.440, que foi o aprovado pelo CNAS. Em contrapartida, o Programa Criança Feliz – que é extremamente focalizado, que retoma a cultura do primeiro-damismo e desrespeita a lógica do comando único do SUAS – recebeu aumento em seu orçamento, planejado para R$ 600 milhões." (CFESS, 2017). Nesse sentido, percebe - se uma prevalência de recursos direcionada à sobreposição de um programa a um serviço.

Os desafios apresentados, exigem à compreensão do movimento histórico que nos permite falar em retrocessos a medida que dada as condições concretas em alguma medida avançamos, para a construção de uma Política de Assistência Social em âmbito nacional, bem como, para a efetivação de um Sistema Único de Assistência Social, que busca à organização necessária, direcionando padrões mínimos e diretrizes fundamentais para o "funcionamento" da política em todo o território nacional.

Diante destas breves considerações, o presente trabalho ora apresentado, de maneira aproximativa, considerando a complexidade e o vasto universo da discussão, em um primeiro movimento, visa situar um panorama histórico - geral, das relações

entre Estado e Sociedade no Brasil, trazendo alguns elementos dessas relações, as respostas dadas, a inserção da assistência social, de forma bastante específica, em seguida trataremos do Direito à Assistência Social expresso na Constituição Federal de 1988 e sua consolidação nos anos que se seguem, apontando os avanços e desafios concernentes, que refletem o quadro político institucional do país em momentos distintos e particulares.

2. O direito a assistência social no contexto brasileiro: caminhos elementares de um processo em construção

A consolidação da política de Assistência Social no âmbito do Estado Brasileiro, enquanto "direito do cidadão" e "dever do Estado", se insere em um movimento macro - estrutural, que inaugura pela primeira vez na história do país, a partir dos fundamentos legais que substanciam a carta magna de 1988, como expressão máxima do sistema jurídico nacional, o que se chama de *"Estado Democrático de Direito*", dada a expressiva atenção direcionada, apesar de muitas lacunas, a sujeitos coletivos, "minorias" sociais do ponto de vista de acesso, à direitos de cidadania antes negados, ou residualmente especificados à determinados grupos, não contemplando outros segmentos relegados historicamente.

É a partir deste movimento de natureza sócio - histórica, que versa em confluentes crises e conflitos sociais na sociedade, e que por vezes lutam contra a ordem estabelecida, que compreendemos o texto constitucional como "resultado", ou seja, expressão de um "processo maior", de conflitos e consensos na esfera política da realidade brasileira, que em dado momento ganha materialização objetiva. Compreendendo os fundamentos legais observados na carta constitucional de 1988 como constitutivos de determinados processos históricos, sociais, políticos, econômicos e culturais, que confluem para o debate em torno do "Direito formal" e de "Direito material", chamamos a atenção para as relações elementares entre

Estado e Sociedade Civil no Brasil, fazendo um recorte para fins do presente estudo do período posterior ao fim do que se chamou República Velha (1889 - 1930). (CHAVES, 2013)

Consideramos, que a intensificação dos movimentos operários na Primeira república, ganha expressividade após os reflexos da Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918), onde concomitantemente a escassez de produtos ocorreu a elevação do custo de vida das camadas mais pobres. Também é o contexto de intensificação da vinda de imigrantes da Europa, principalmente da Itália, onde esses vivenciaram os conflitos e a crescente organização dos movimentos operários que se alastraram a época, o que demonstra a intensa presença de imigrantes na articulação dos movimentos operários no Brasil. É desse período que temos uma das maiores greves da história do país 1917 – 1920, ocorrida nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, exigindo respostas concretas por parte do Estado as situações apresentadas.

A Europa pulverizava em organizações operárias a todo vapor, principalmente após a 1º Guerra Mundial[3], destaca - se a Revolução Russa de 1917. A ameaça comunista assombrava o imaginário das elites locais na realidade brasileira, principalmente após a fundação do Partido Comunista Brasileiro (PCB) em 1922, se apresentando como "uma ameaça a ordem da nação", construiu – se a partir da lógica do discurso (e também da ação coercitiva) um inimigo a ser suprimido, como um elemento de alta periculosidade.

A análise em questão diante do enunciado se faz importante, a medida que "enquanto o trabalhador brasileiro era apresentado como pacífico, ordeiro e disciplinado, os distúrbios eram atribuídos a agitadores do exterior" (de LUCA, 2012)

A partir desse processo tem – se um primeiro movimento de surgimento de direitos na área social e trabalhista, esta última principalmente de forma mais acentuada, no sentido de conter os

[3] É também nesse contexto, que surgem importantes constituições que iram exercer grande influência na Constituição Federal de 1988, no que versa o caráter social situado constitucionalmente, sendo essas a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, na Alemanha, em 1919.

ânimos dos trabalhadores. Data do ano de 1919 a Lei de Acidentes de Trabalho (Decreto nº 3.742 de 15 de janeiro de 1919), a primeira Lei de Férias de 1925 (Decreto nº 24 de dezembro de 1925), o primeiro Código de Menores de 1927 (Decreto nº 17.943). Ressalta – se que tais leis embora tenham um caráter regulatório haja vista os desdobramentos das respostas do Estado aos movimentos sociais, são um primeiro movimento que foi ganhando forma no tempo a partir das condições históricas e sociais a nível nacional e internacional, outro fator, diz respeito ao seu alcance, grande parcela da população ainda residia em área rural, as leis em questão eram restritas a zona urbana, demonstrando o caráter residual.

A partir da década de 1930, com a chegada de Getúlio Vargas ao Poder a partir de um golpe de Estado, denominado Revolução de 1930 articulado pelos estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul, as relações entre Estado e sociedade, aqui expressa em amplos setores e interesses apresenta uma certa ambiguidade, o que se denomina nos dizeres do sociólogo Wanderley Guilherme em uma "cidadania regulada", ou seja:

> são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas por lei [...] A cidadania está embutida na profissão e os direitos do cidadão restringem-se aos direitos do lugar que ocupa no processo produtivo, tal como reconhecido por lei [...] A regulamentação das profissões, a carteira profissional e o sindicato público definem, assim, os três parâmetros no interior dos quais passa a definir a cidadania. (SANTOS, 1987, p. 75)

Ocorre uma espécie de redefinição e compreensão do direito pessoalizado em uma figura salvadora, nesse caso, o Presidente da república. A partir da incorporação dos sindicatos a tutela do Estado, através das determinações do Ministério do Trabalho (1930), substanciando certa descaracterização do sentido real desses, enquanto espaços de mobilização de determinada(s) categoria(s) profissional (ais), esse se tornando uma espécie de órgão consultivo

freado às exigências de um governo paradoxalmente autoritário e populista.

Em 1937, temos a criação da União Nacional dos Estudantes (UNE), desempenhando importante articulação dos estudantes a nível nacional, esta teve papel fundamental na campanha o "Petróleo é Nosso" em 1947, quando da sondagem do mercado externo, em especial os Estados Unidos, consolidando sua hegemonia após a Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945).

Período também de confluência no campo da política interna, com a instauração do denominado regime do "Estado Novo" (1937 – 1945), caracterizado por seu caráter centralizador, autoritário e antidemocrático, direcionado ao fechamento por parte do Estado junto aos interesses e participação da população nas decisões, fechamento do Parlamento, controle do Judiciário pelo Executivo (ILB, 2018), instauração de uma política de "caça aos comunistas", e de regularização das relações de trabalho via legislação trabalhista, como se observa a partir da criação da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (Dec. Lei nº 5.452 de 1 de maio de 1943).

No campo da Assistência em 1942 é criada através do Decreto lei nº 4.830, à Legião Brasileira de Assistência (LBA), tendo como figura central, a primeira dama, esposa do presidente da "república" Darcy Vargas. A LBA, tinha como objetivo fundamental prestar assistência e amparo às famílias dos soldados brasileiros que estavam na 2° Guerra Mundial (1939 - 1945). A Legião Brasileira de Assistência Social, perdurou até meados de 1995, quando foi extinta pela medida provisória nº 813 de 1 de janeiro de 1995 (Governo Fernando Henrique Cardoso), que dispunha sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Nesse período, a Assistência Social, já se encontrava positivada no texto constitucional de 1988, com *status* de política pública, e regulamentada pela lei 8.662/1993 (Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS)

No governo de Eurico Gaspar Dutra (1946 – 1956), não ocorreram mudanças substanciais nas relações Estado e sociedade,

as práticas das formas de coerção continuaram manifestadamente presentes, expressa na proibição a organização de movimentos de greves, reunião dos sindicatos, comícios, paralisações, etc.

Após esse período a década de 1950, emerge marcada pela entrada em cena de "novos" atores sociais, com diferentes formas de organização, como as comissões de fábrica, e entidades que integravam trabalhadores de diferentes categorias profissionais. Destaca – se o Pacto da Unidade Intersindical (1953), a partir da Greve dos Trezentos Mil, em São Paulo, o Pacto da Unidade e Ação, que buscava a articulação a nível nacional dos sindicatos do setor de transporte (de LUCA, 2012). A política de assistência social, nesse contexto, a partir das expressões do trabalho de comunidade, após o término da 2º Guerra Mundial, buscava imprimir uma lógica de ação, de acordo com as prerrogativas do paradigma desenvolvimentista, sendo fortemente influenciada pelos Estados Unidos, por meio da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Na zona rural, frente aos processos de expropriação produtiva direcionada a expansão do capital, é criada em 1955, no estado de Pernambuco, as Ligas Camponesas, tendo como pauta fundamental e bastante emblemática ainda nos dias atuais na realidade brasileira, a questão da Reforma Agrária. As Ligas Camponesas exerceram importante articulação no período até ser interrompida após o golpe militar de 1964, culminando na promulgação do Estatuto do Trabalhador Rural em 1963, no governo do futuramente deposto João Goulart (1961 – 1964). Tal estatuto, mesmo sendo bastante limitado, representou um avanço significativo frente a um seguimento historicamente deixado de lado.

A instauração do Regime Militar em 1 de abril de 1964, diante de intensa influência externa dos Estados Unidos, tornou – se realidade no contexto brasileiro, a preocupação se dava a medida em que as propostas de reformas de base ditas progressistas do então presidente Goulart, desenhavam um terreno ideal para a instauração de um regime comunista no Brasil, a exemplo dos temores de uma revolução aos moldes da Revolução Cubana em

tempo recente a época, em 1959. As elites nacionais sentiam seus interesses ameaçados, vale observar a manchete no Jornal Correio da Manhã *(Arquivo Nacional),* em 19 de março de 1964, na ocasião da Marcha da Família com Deus e Pela Liberdade na Praça da Sé em São Paulo em oposição ao pronunciamento feito alguns dias antes pelo então presidente João Goulart.

> O povo está cansado das mentiras e das promessas de reformas demagógicas. Reformas sim, nós a faremos, a começar pela reforma da nossa atitude. De hoje em diante os comunistas e seus aliados encontrarão o povo de pé. [...] Com Deus, pela Liberdade, marcharemos para a Salvação da Pátria!", dizia o comunicado lido no dia da manifestação. (PORTAL EBC, 2014)

Ainda, segundo o site Portal EBC, observa – se que o movimento em questão não ocorreu de forma espontânea, vinha sendo articulado por setores organizados da direita, como a Fraterna Amizade Urbana e Rural, Sociedade Rural Brasileira, a União Cívica Feminina, bem como por organizações católicas conservadoras como a Cruzada pelo Rosário em Família, Confederação Católica do Arcebispado do Rio de Janeiro, Associação dos Antigos Alunos do Sagrado Coração de Jesus e o Grupo de Reabilitação do Rosário. Observa – se uma intensa presença de setores ligados a igrejas, e ao setor rural, o que denota não por uma aventura do acaso, um reflexo histórico da constitucionalidade da cultura social e política brasileira.

A ditadura militar ou regime militar (1964 - 1985) como é chamada por muitos de maneira comum ou como forma de "amenizar" sua expressão de autoritarismo na história nacional, constitui um momento emblemático na realidade brasileira.

O golpe militar, eliminou um horizonte de mudança no Estado brasileiro a partir da repressão às mobilizações e organizações populares que vinham se articulando de maneira bastante significativa em idos do final da década de 1950 e início da

década de 1960, tendo como bandeira a manutenção da ordem nacional.

Como forma de exercício de poder, foram instituídos os Atos Institucionais (AIs), direcionados ao cerceamento ao exercício dos direitos civis e políticos. O mais duro dos AIs, historicamente situado foi o AI - 5, como aponta Carvalho (2016), ao analisar esse contexto: O Congresso foi fechado, o habeas corpus foi suspenso para os crimes contra a segurança nacional, muitos parlamentares tiveram seus mandatos cassados, vereadores, deputados, funcionários públicos, foram sumariamente aposentados.

No governo Médici (1969 - 1974), o mais duro do período, nova Lei de Segurança Nacional foi instituída, incluindo a pena de morte por fuzilamento, ainda, o direito a opinião pública e ao pensamento diferente ao da ordem estabelecida, considerado subversivo, foi duramente freado, jornais, livros, meios de comunicação foram censurados, sindicatos, organizações o direito a greve, etc, proibido. (CARVALHO, 2016)

No âmbito da política partidária, o bipartidarismo era expresso no partido de posição ao regime, ARENA (Aliança Renovadora Nacional) e os oposicionistas na figura do MDB (Movimento Democrático Brasileiro). Com o processo lento de reabertura democrática no final da década de 1970, no governo de Ernesto Geisel (1974 - 1978) e no governo de João Batista Figueiredo (1979 - 1985) novos movimentos começam a se articular e ganhar força, mobilizando diferentes setores da sociedade civil[4].

> Trata - se de um quadro novo, na medida em que se supera, tanto quantitativamente quanto qualitativamente, o conjunto de experiências de organização social anterior ao período da ditadura, uma vez que há a ampliação e pluralização dos grupos, associações

[4] "A categoria 'sociedade civil' vem sofrendo variações e reformulações, que seguem a trajetória das lutas políticas e sociais do país. O uso do termo ganha terreno durante a ditadura militar, sendo que a partir dos anos 70 ele passa a ser introduzido no vocabulário político e desenvolvido teoricamente, já que até então era pouco ou fracamente abordado pelos intelectuais brasileiros" (Grupos de Estudos sobre a Construção Democrática, 1998/1999, p. 15)

> e instituições, que procuram se posicionar de forma autônoma em relação ao Estado [...] este novo quadro organizativo deveu - se, de certo modo, ao contexto de fechamento dos canais institucionais de participação e representação política, a exemplo a proibição dos partidos políticos. (Grupos de Estudos sobre a Construção Democrática, 1998/1999, p. 16)

Neste contexto, havia uma pauta comum, que (re) articulava setores das antigas, ao mesmo tempo que colocava novos sujeitos coletivos na conjuntura histórica e política do país na luta contra o regime instaurado para a construção de uma ordem eminentemente democrática, a exemplo o movimento pelas "Diretas Já" em idos da década de 1980.

Emergem movimentos ligados a setores progressistas da Igreja Católica, como a Teologia da Libertação, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a emergente articulação nos Centros de Educação de Base a partir de importante trabalho das Comunidades Eclesiais, o movimento operário a partir das greves que ressurgem no ABC paulista, principalmente dos setores da metalurgia, no campo das questões agrárias, em 1979 temos a criação do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST), no mesmo ano o Movimento dos Trabalhadores das Favelas, o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMMR), entre outras pautas dos chamados movimento por demandas universais (ecologistas, feministas, negros - igualdade racial, homossexuais). (GECD, 1998/1999; de LUCA, 2012), que terão importante influência a partir de suas demandas específicas e gerais expressas no processo de redação do texto constitucional de 1988.

No campo do Serviço Social enquanto profissão historicamente situada, em idos da segunda metade da década de 1960 iniciava-se um movimento de determinados setores progressistas da categoria profissional em diferentes países da América Latina que ficou conhecido como Movimento de Reconceituação. Este movimento no seu desdobramento em que se adensa em propostas políticas de mudanças objetivas com a

herança herdada de uma “identidade atribuída” a política de Assistência Social, e a profissão de certa maneira imbricada nesta processualidade, para a construção de uma identidade profissional própria, contribuiu substancialmente no âmbito da esfera política institucional e não - institucional para a construção de horizontes concretos em que se situa a política de assistência social, enquanto direito de cidadania, haja vista, os espaços de participação e controle social.

O que se observa, nesse terreno no que se refere a participação e controle social da sociedade civil junto ao Estado, se constrói em um movimento de reconhecimento de determinados demandas expressas em direitos civis, políticos e sociais e que só é possível dentro de um regime democrático. Com o advento da Constituição de 1988, essas relações ganham um tratamento diferenciado através da construção de espaços públicos de participação e controle social institucionalizados, porém não restritos a esse âmbito, que expressam complexidades dada a própria natureza da nossa cultura política e aos interesses diversos de setores da sociedade civil e Estado, que denotam "continuidades autoritárias" reprodutoras de exclusão, bem como, as possibilidades históricas de sua superação. Estes processos, situados historicamente, de maneira bastante breve, haja vista, sua complexidade e vasta produção, é um importante caminhar para a compreensão da política de assistência social e dos direitos sociais de cidadania de uma maneira geral, nos marcos da Constituição Federal de 1988.

3. O direito à assistência social, nos marcos da Constituição Federal de 1988

Um primeiro movimento a se considerar ao nos debruçarmos sobre o direito a Assistência Social, enquanto política pública de Estado, e direito do cidadão no contexto brasileiro, é que esta como situado no item anterior não se isenta das tramas sociais, históricas e políticas que a determinam.

Neste sentido, queremos dizer que a implementação do direito, ou seja, sua positivação é um primeiro passo, frente a dinâmica cultural e social, que exige uma mudança de percepção, de sentidos atribuídos, ao percebê - lo enquanto um "não favor", de políticos e/ou pessoas de bom coração, mas enquanto direito, ou seja, campo de disputas de diferentes projetos societários. Sposati (2007, p. 441), é enfática, ao argumentar essa questão:

> Considero que um dos fatores que gera essa transmutação é a atribuição indevida da assistência social ao campo "dos pobres e da pobreza". É este o campo das culpas, das vítimas e sofredores, dos coitados e dos não cidadãos. Somente quando a pobreza for criminalizada, isto é, quando seus causadores forem apontados, talvez se possa romper com o moralismo milenar que cerca a questão. A condição de ser pobre não gera direitos. É a condição de ser cidadão que os gera. Por consequência, enquanto for atribuída a responsabilidade da assistência social ao trato do pobre, ela não será uma política de direito de cidadania. Esta é uma das questões mais difíceis a ser enfrentada, pois muda o "pólo energético" da assistência social

Como anteriormente lembrado, a Constituição Federal de 1988, institui um novo paradigma no contexto do Estado Brasileiro, o processo constituinte foi bastante intenso, considerando a democracia enquanto campo de diferenças e projetos distintos, sejam de coletividade, ou como se observa (infelizmente), de interesses corporativos, ou seja, uma "pequena política", por vez de sua restrição para "alguns", e/ou de conservação de uma ordem social desigual, estática, em uma espécie de "salve - se quem puder".

O texto constitucional, do ponto de vista social trouxe importantes avanços, até então deixados de lado, nas outras cartas constitucionais em momentos históricos específicos e/ou não propícios no plano real de condições objetivas de sua materialização. Dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, denominado Estado Democrático de Direito, encontramos em seu art. 1, no fundamento III, a *dignidade humana*. Pensar o direito do

ponto de vista da dignidade humana, para além de interpretações do ponto de vista legal, teóricas, pressupõe, a construção de políticas públicas, por meio de serviços, programas e projetos definidos, em que se situa o direito em sua materialidade, cumprindo assim, sua finalidade mesma.

O Capítulo II, que trata dos direitos sociais, que são aqueles direitos que versam sobre as diferentes expressões da questão social, suas manifestações, direitos básicos e fundamentais, para uma boa vida, sendo estes a luz do art. 6 - o direito a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, dentro do que prevê a constituição.

É fato, que no devir histórico, considerando especificidades e melhoramentos, bem como, construções estratégicas de trabalho frente "alternativas organizacionais", necessárias a objetividade do direito, cada qual, terá legislações particulares e relacionais sobre a matéria, como se pode notar, no que versa o direito a Saúde, a partir da instituição do Sistema Único de Saúde (SUS), em 1990, por meio de intensos debates e articulações em torno do Movimento de Reforma Sanitária, na matéria da infância, a instituição também em 1990, a partir da lei nº 8.069, do Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outras tantas especificações em matéria de lei.

Foi um verdadeiro avanço, do ponto de vista do direito no texto constitucional do que se denominou *Seguridade Social,* se apresentando como "um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social." (BRASIL, 1988).

Quanto a forma de funcionamento, tem - se que a Saúde é universal, ou seja, direito de todos os cidadãos e dever do Estado, que será garantido, mediante políticas sociais, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e

recuperação, ou seja, é adotada um conjunto de determinantes para se pensar a saúde, como o trabalho, a educação, moradia, meio ambiente, entre outros.

A Previdência Social,[5] por sua vez, parte de um sistema contributivo e de filiação obrigatória, buscando atender questões decorrente de eventos de doença, morte, idade avançada, proteção ao trabalho em situação de desemprego involuntária, auxílio - reclusão para os dependentes de segurado de baixa renda, entre outros. (BRASIL, 1988).

No que direciona a política de Assistência Social, tem - se que está, será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, ou seja, é uma política não contributiva. Nesse sentido, como atenta Sposati (2007, p. 440) "[...] existem ainda resistências em incorporar, sob o mesmo conceito e justificativa, serviços sócio - assistenciais sob caráter público não contributivo como atribuição estatal de seguridade social, portanto, assegurador de direitos"

O Art. 203, traz em seu texto, os objetivos da política de Assistência Social, sendo estes:

> I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1988)

Ainda, no que versa parâmetros importantes para pensarmos a relação Estado e Sociedade Civil (em seus diferentes segmentos), traz como fundamentos organizativos:

[5] Para maiores informações, consultar o site do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), disponível em: <https://www.inss.gov.br/>

> I - **descentralização político-administrativa**, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; e a II - **participação da população,** por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no **controle das ações em todos os níveis.** (BRASIL, 1988) - grifos nossos.

Retomando os objetivos observados no artigo 203, um movimento de amadurecimento do direito precisava ser construído, buscando especificação da política pública, definição de estratégias, critérios, entre outros elementos fundamentais do ponto de vista legal e objetivo.

Este movimento, se vislumbra tão somente em 1993, com a instituição da "Menina LOAS[6]", através da lei 8.662 de 07 de dezembro de 1993 *"Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências"*. A LOAS, já em seu art. 1º traz importante definição do que se trata à Assistência Social, sendo esta direito do cidadão e dever do Estado, Política Pública de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

A uma longa discussão sobre o que seria os "*mínimos sociais"* que não oferecem uma definição muito clara, consideramos como sendo possibilidades de acesso reais para a consolidação de direitos de cidadania positivados pelo Estado brasileiro, que garantam possibilidades de uma vida digna a população a quem se destina as ações da política pública. Ainda prevê um conjunto de ações integradas, de iniciativa pública e privada, o que se observa na presença de organizações de seguimentos da sociedade civil (entidades de assistência social) atuando na esfera pública, comumente conhecemos como Organizações Não - Governamentais

[6] Refere-se à obra de Sposati (2004), denominada *A menina LOAS: um processo de construção da Assistência Social*, Cortez Editora.

(ONGs), em diferentes áreas, com mulheres vítimas de violência, crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, população em situação de rua, entre outros grupos sociais em situação de vulnerabilidade e/ou risco social, e ou na proposta de fortalecimento de vínculos familiares e comunitários.

Os objetivos expressos no artigo 2 são consoantes com os objetivos presentes no artigo 203 da Constituição Federal de 1988. Chama - se atenção para o parágrafo único do artigo 2: *"Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais"* (BRASIL, LOAS, 1993[7]). A integralidade da política frente a garantia da universalização dos direitos sociais, perpassa o diálogo necessário com outras políticas públicas. Mas como isso se materializa, considerando que estamos falando da política de assistência social? Partimos do pressuposto da "incompletude institucional", haja vista, que a integralidade de demandas por vezes não é restrita há uma política pública específica. Poderíamos pegar um exemplo entre tantos possíveis para fim de elucidação, no campo da educação, a saber à Evasão Escolar - Quais as razões deste problema não restrito ao âmbito escolar? Razões de violência, condições materiais de acesso, material escolar, transporte público, problemas de saúde, bullying, tantos outros certamente... O que demanda um diálogo das políticas públicas, órgãos do sistema de justiça, a fim de que o direito a educação, e outros direitos violados por certo, sejam garantidos numa perspectiva de integralidade, não tão somente do indivíduo em um plano específico, mas também o trabalho junto à família em suas diferentes configurações.

Dentro deste movimento de construção do direito a política de Assistência Social no âmbito nacional, considerando a própria *"participação da população por meio de organizações*

[7] Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011

representativas, na formulação das políticas públicas e no controle das ações em todos os níveis", isto é nas esferas municipais, distrito federal, estaduais e federal, por meio dos Conselhos de Assistência Social, constituindo instâncias deliberativas do Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

As conferências (municipais, DF, estaduais e federal) pós - LOAS, tiveram um importante papel na agenda de construção de um Sistema Único de Assistência Social no âmbito da política pública, no contexto do território nacional. A I Conferência Nacional, foi realizada no ano de 1995 entre os dias 20 e 23 de dezembro em Brasília, tendo como objetivo geral o de avaliar a situação e propor diretrizes para aperfeiçoamento do sistema descentralizado e participativo da Assistência Social, tendo como tema geral *"Assistência Social como um direito do cidadão e dever do Estado"* e subtemas de discussão partiram do sistema descentralizado e participativo; à questão do financiamento da política de Assistência Social, tal qual à relação público - privado na prestação de serviços da Assistência Social. (CNAS, 1995). Esta relação público - privada, foi e pode se dizer que ainda é tema recorrente neste âmbito de discussão, a década de 1990 caracterizada principalmente pelo enxugamento do Estado na áreas fins, dos direitos sociais (Assistência Social, Saúde, Previdência Social) o que paradoxalmente vai ao desencontro da proposta constitucional de um Estado Social, do ponto de vista do rol de direitos sociais elencados. Observa - se em paralelo a Política Pública de Assistência Social, positivada no texto Constitucional de 1988 e pela LOAS em 1993, a criação do Programa Comunidade Solidária em 1995, nesse caminhar "[...] os direitos sociais duramente conquistados através de luta dos movimentos sociais no fim da década de 1980 são revestidos por valores altruístas e solidários" (Parreira, 2016, p. 12), o que acaba por se sobrepor à política pública e reforçar a figura do primeiro-damismo e contribuir objetivamente para despolitização do direito na perspectiva de cidadania, este movimento em tempo recente pode ser observado na sobreposição do Programa Criança

Feliz[8], à política pública de Assistência Social na sua totalidade, que é muito mais ampla.

Neste caminhar, em que 30 anos da Constituição Federal batem à porta, já foram realizadas 11 (onze) Conferências Nacionais de Assistência Social, destaca-se a IV Conferência Nacional, no ano de 2003 que teve com tema geral: "*Assistência Social como Política de Inclusão: uma Nova Agenda para a Cidadania - LOAS 10 anos"*, a principal deliberação desta conferência se observa no eixo "Gestão e Organização: Planejar localmente para descentralizar e democratizar o direito"

> Construir uma agenda para 2004, para que, sob a coordenação do Ministério da Assistência Social, **seja implantado/implementado o Sistema Único de Assistência Social - SUAS de forma descentralizada, regionalizada e hierarquizada, com base no território**. O **Plano Nacional de Assistência Social deve ser a tradução da implantação do SUAS, deixando claro a estratégia de implantação (com prazos e metas).** Antes de ser deliberado pelo Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS deve haver amplo debate com gestores e conselhos do DF, estaduais e municipais. A proposta do SUAS deve: a) definir competências, atribuições, fontes e formas de financiamento nas três esferas de governo bem como a definição de serviços regionais e municipais de Assistência Social, com participação popular e aprovação dos Conselhos, definindo competências, atribuições, fonte e formas de financiamento dos três níveis de governo, acompanhamento da implementação de Centros/Unidades Municipais e regionais de Assistência Social. (CNAS, Relatório da IV Conferência Nacional de Assistência Social, 2003, p. 26) - grifos nossos

A IV Conferência Nacional, sem dúvida se apresenta como um importante divisor de águas neste movimento de implantação e consolidação da Política de Assistência Social no contexto brasileiro. Neste sentido, tornando "[...] possível o início da implantação do Sistema Único da Assistência Social – SUAS, como modelo de

[8] Maiores informações, consultar: < http://www.mds.gov.br/central-de-conteudo/crianca-feliz>

organização e gestão das ofertas da proteção social não contributiva." (BRASIL, MDS, 2016, p. 06)

Os processos de conferências neste caminhar, foram de fundamental importância para a construção e organização da política de Assistência Social no território nacional. Diante disto, tem - se início um movimento no ano de 2004, que culmina a partir da Resolução CNAS nº 145, na implementação da Política Nacional de Assistência Social (PNAS), que disciplina um conjunto de princípios, diretrizes e objetivos que estruturam a política de Assistência Social, sua forma de organização, por níveis de proteção social[9], sendo esta básica e especial. É importante nos atermos para o fato de que "a proteção social da assistência social opera sob três situações: proteção às vulnerabilidades próprias ao ciclo de vida; proteção às fragilidades da convivência familiar; proteção à dignidade humana e combate às suas violações." (Sposati, 2007, p. 450) , tal qual, apresenta as bases para implementação do Sistema Único de Assistência Social, é de se considerar que:

> O SUAS, cujo modelo de gestão é descentralizado e participativo, constitui-se na regulação e organização em todo o território nacional das ações socioassistenciais. Os serviços, programas, projetos e benefícios têm como foco prioritário a atenção às famílias, seus membros e indivíduos e o território como base de organização, que passam a ser definidos pelas funções que desempenham, pelo número de pessoas que deles necessitam e pela sua complexidade. [...] define e organiza os elementos essenciais e imprescindíveis à execução da política de assistência social possibilitando a normatização dos padrões nos serviços, qualidade no atendimento, indicadores de avaliação e resultado,

[9] A lei 12.435 06 de julho de 2011, traz uma nova redação ao que aporta os níveis de proteção social, haja vista, que na PNAS/2004 já se tinha um determinado conceito, sendo**: I - proteção social básica:** conjunto de serviços, programas, projetos e benefícios da assistência social que visa a prevenir situações de vulnerabilidade e risco social por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições e do fortalecimento de vínculos familiares e comunitários; **II - proteção social especial:** conjunto de serviços, programas e projetos que tem por objetivo contribuir para a reconstrução de vínculos familiares e comunitários, a defesa de direito, o fortalecimento das potencialidades e aquisições e a proteção de famílias e indivíduos para o enfrentamento das situações de violação de direitos. (art. 6º - A) - *grifos meus*

> nomenclatura dos serviços e da rede socioassistencial e, ainda, os eixos estruturantes e de subsistemas. (BRASIL, MDS, PNAS, 2004, p. 39)

O SUAS se torna uma realidade objetiva, nos caminhos de consolidação da política de Assistência Social em 2005, por meio da Resolução CNAS nº 130, de 15 de julho de 2005, sofrendo alteração em 2011, conforme seu desdobramento na realidade brasileira, por intermédio da Lei nº 12.435 de 06 de julho de 2011, que altera a LOAS, dispondo sobre a organização da Assistência Social. Esta lei foi muito importante ao incorporar o SUAS à LOAS. Ressalta - se que *"estas duas normativas foram cruciais para elevar a assistência social a um novo patamar, de política pública de Estado, o que implica enraizamento institucional de permanência, continuidade e consolidação deste novo modelo de gestã*o", porém, os desafios reais ainda se fazem presentes, por certo que anos de práticas pontuais fragmentadas, não mudam do dia para noite, ou seja, mais uma vez pautamos à necessária proposta de politização do direito numa perspectiva de cidadania

Outros movimentos aconteceram, no campo das equipes profissionais na execução dos serviços socioassistenciais, importante foram os parâmetros e definições trazidos pela Resolução CNAS nº 269, de 13 de dezembro de 2006, que regulamenta a Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do Sistema Único de Assistência Social.

No que versa a organização dos Serviços Socioassistenciais tipificados, a Resolução CNAS nº 109 de 2009, veio estabelecer importantes tipologias e definições no âmbito dos serviços ofertados nos níveis de proteção social básica e especial, está de média e alta complexidade. Esta resolução regulamenta e define, no que importa a consolidação do Sistema Único de Assistência Social e da Política Pública de Assistência Social, nesta relação, os nomes dos serviços; descrição da oferta; quem são os usuários considerando os níveis de atenção; os objetivos esperados das ações; as provisões dos serviços

(ambiente físico, recursos materiais, recursos humanos, trabalho social); aquisições dos usuários; condições e formas de acesso, período de funcionamentos, a unidade de execução, a abrangência territorial, articulação em rede (diálogo com atenção a hierarquização em serviços, com outras políticas públicas e organizações privadas, etc); impacto social esperado, regulamentações. (CNAS, Res. 109/2009)

Importante papel neste movimento de amadurecimento e estruturação do SUAS foi exercido por meio do I Plano Decenal de Assistência Social (2005 - 2015), conhecido como SUAS Plano 10, tendo como objetivo geral - Aumentar o alcance da Seguridade Social brasileira não contributiva a partir da concretização de atenções socioassistenciais, prestadas através de SUAS a todo território, assegurando direitos e oportunidades que reduzam riscos e vulnerabilidades sociais e pessoais, relacionadas ao ciclo de vida, à dignidade humana, à convivência familiar e ao reconhecimento de direitos de cidadania a todos. Este aumento de cobertura perpassa a construção e efetivação de uma rede socioassistencial em todo o território nacional.

O I Plano Decenal de Assistência Social, ainda trazia importantes metas no campo da garantia da proteção social não contributiva; da vigilância socioassistencial e defesa de diretos; integração de serviços e benefícios; informação, monitoramento e avaliação; proposta em relação a rede socioassistencial e intersetorial, questões que perpassam as fontes orçamentárias de investimento na política de assistência social; gestão do trabalho, controle social; gestão, monitoramento e avaliação do Plano Decenal.

O II Plano Decenal de Assistência Social (2016 - 2026), tendo como tema *"Proteção Social para todos/as os/as brasileiros/as"* aprovado pela resolução CNAS, nº 7, de 18 de maio de 2016, sinaliza alguns avanços importantes do I Plano Decenal a serem considerados, neste sentido, expressa que:

> Em 2015, mais de 10 mil Centros de Referência, básicos e especializados, já estavam implantados no Brasil, considerando CRAS, CREAS e Centro Pop. Além das unidades públicas estatais, 18,5 mil entidades e organizações de assistência social, inscritas nos Conselhos Municipais de Assistência Social e do Distrito Federal e no Cadastro Nacional de Entidades de Assistência Social (CNEAS). [....] No que diz respeito à segurança de renda, há que se destacar que de 2005 a 2014 houve um crescimento de 56,6% das famílias beneficiárias do PBF e de 81% dos beneficiários do BPC que, em 2016, atingiram, respectivamente, 13,9 milhões de famílias beneficiárias e 4,2 milhões de beneficiários (idosos e pessoas com deficiência). No caso do BPC foi assegurada, ainda, a previsão constitucional de sua vinculação ao salário mínimo [...] também foi estruturada a rede da Proteção Social Especial, assegurando a oferta de atenção especializada a indivíduos e famílias em situação de risco pessoal e social, com violação de direitos. Em 2015, os CREAS já alcançavam praticamente todos os municípios com mais de 20 mil habitantes, com oferta do Serviço de Proteção e Atendimento Especializado às Famílias e Indivíduos (PAEFI) a diversos segmentos, para além de crianças e adolescentes, atendendo às metas incorporadas no I Plano Decenal.

Muitos foram os avanços. Muito ainda tem que se conquistado do ponto de vista da universalização do acesso a proteção social, as parcelas da população que demandam suas ações, serviços, programas e projetos. Os resultado do I Plano Decenal rumo a estruturação e consolidação do SUAS, foi um caminho importante e necessário que foi alcançado e que precisa ser defendido a medida que situamos o direito enquanto um processo constitutivo na história, neste sentido, não ausente de disputas e interesses.

Dentre os avanços, considerando a extensa base territorial do Brasil, de dimensões continentais, hoje com 5570 municípios, que apresentam populações vastas, pequenas e médias, com especificidades regionais distintas, com maior ou menor desenvolvimento do ponto de vista econômico e social, com expressivas taxas de desigualdade, concentração de renda, tem - se a ampliação da rede de serviços socioassistenciais CRAS e CREAS,

outros equipamentos, entidades de assistência social, ainda percebe - se importantes resultado do Benefício de Prestação Continuada (BPC), atingindo em 2016, mais de 13 milhões de famílias, destaca-se importantes resultado do Programa Bolsa Família[10], criado em 2003, que atende famílias em situação de pobreza e pobreza extrema no que aponta não tão somente a transferência de renda, mas articulação com as políticas públicas de Saúde e Educação.

O II Plano Decenal, de vigência de 2016 - 2026, que tem por necessidade frente "esta nova fase", de - Universalizar o SUAS, respeitada a diversidade da realidade brasileira, com garantia de unidade em seu processo de gestão, para consolidar a proteção socioassistencial na seguridade social, ancorado em 21 metas estabelecidas, diria que encontrará grandes entraves e desafios exigindo articulações e enfrentamentos no âmbito de representatividade institucional, por meio dos Conselhos nas respectivas esferas de governo, tão logo, no âmbito da sociedade civil, por meio dos/as trabalhadores/as do SUAS junto aos usuários da política pública, considerando a agenda de cortes do governo federal para área, intensificado por intermédio da PEC 95, que congela por 20 anos o investimento no campo social, principalmente no que aponta às políticas de Saúde e Educação, tão logo, as transferências de recursos da Seguridade Social, para pagamentos da dívida externa, por meio do mecanismo de Desvinculação de Receitas da União (DRU), acaba por causar efeitos perversos não tão somente no âmbito da política mesma, mas diretamente no contexto de milhões de pessoas.

Hoje o Brasil, retorna ao mapa da fome, onde a região nordeste do país é a mais afetada, temos a 3° maior população

[10] Podem fazer parte do Programa: - Todas as famílias com renda por pessoa de até R$ 89,00 mensais; - Famílias com renda por pessoa entre R$ 89,01 e R$ 178,00 mensais, desde que tenham crianças ou adolescentes de 0 a 17 anos. - Para maiores informações, consultar: Ministério do Desenvolvimento Social, disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia/o-que-e/como-funciona/como-funciona>

carcerária do Mundo[11] atrás apenas, da China e dos Estados Unidos, medidas de fortalecimento no âmbito das políticas públicas se fazem necessárias. Considerando, que o caminho se faz ao caminhar, muito avançamos no que importa o direito da Assistência Social no contexto brasileiro, pós - Constituição Federal de 1988 ao olharmos para trás diante de sua história, porém, muito ainda temos que avançar, tão certo ainda, é o fato, que não existem doações no âmbito do direito - por certo estes caminhos são tortuosos, em que dimensões de "disputa" e "concessão", se apresentam como duas cartas na arena política institucional.

4. Considerações finais

As discussões presentes neste trabalho, se apresentam enquanto um movimento introdutório considerando o vasto campo de produções teóricas sobre a temática que envolvem de uma maneira particular e relacional à Política de Assistência Social. Neste entendimento, tem-se que é um assunto, que não se encerra nestas páginas.

A compreensão do modelo que hoje temos de uma política pública de proteção social não contributiva, firmada através do pacto federativo através da Constituição de 1988, juntamente com a política pública de Saúde e Previdência Social, do que se denominou "*Seguridade Social*", é um avanço inegável do ponto de vista de expansão de direitos de cidadania, a camadas da população historicamente excluídas.

Recuperar o processo histórico, social, político e cultural em que se insere a Assistência Social, é de fundamental importância para a desmistificação dos pressupostos de uma "identidade atribuída", direcionada aos mais pobres, miseráveis e necessitados, para que avancemos rumo a politização do direito, que à conceba

[11] BRASIL. : Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** (Dados e recursos). Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf >. Acesso em: 23 de Setembro de 2018.

enquanto direito de cidadania, sendo prestada a quem dela necessitar.

Por certo, o caminho se faz ao caminhar, caminhando para os 30 anos da Constituição Federal de 1988, vimos a estruturação e implantação da Política Nacional de Assistência Social (PNAS); o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), entre outros marcos normativos, seja no contexto dos serviços socioassistenciais, nas equipes profissionais, etc, que sem dúvida rebatem diretamente nos serviços, programas, projetos e ações prestadas junto às populações que demandam desta importante política pública e seu diálogo com outras políticas sociais no contexto do Estado brasileiro.

Ressalta-se que apesar dos avanços, muito ainda temos que caminhar no que aponta a consolidação do SUAS, estruturação de equipamentos, equipes profissionais, ampliação dos benefícios socioassistenciais; capacitações continuadas; fortalecimento da participação e controle social de representações de seguimentos da sociedade civil nas instâncias representativas dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União; entre outras questões elementares neste âmbito específico de discussão, que não se encerram nestas breves páginas introdutórias. Façamos o caminho.

5. Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. **Normas Operacionais Básicas do Sistema Único de Assistência Social (NOB/SUAS)**, 2012.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. **Resolução CNAS nº 109/2014** - Tipificação Nacional de Serviço Socioassistenciais, Brasília 2009.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. *Política Nacional de Assistência Social (PNAS),* Brasília, 2004.

BRASIL. *Lei no 12. 435 de 06 de julho de 2011* (Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social.). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS). **I Conferência Nacional de Assistência Social.** 1995. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/cnas/conferencias-nacionais/i-conferencia-nacional> Acesso em 18 de setembro de 2018

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS). **Relatório da IV Conferência Nacional de Assistência Social.** 2003. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/cnas/conferencias-nacionais/iv-conferencia-nacional> Acesso em: 18 de setembro de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS). **II Plano Nacional de Assistência Social 2016 - 2026.** Disponível em: http://www.mds.gov.br/cnas/plano-decenal/plano-decenal-2016-2026.pdf/view> Acesso em: 18 de setembro de 2018.

CARVALHO, José Murilo. **A cidadania no Brasil: O longo caminho.** - 21ºed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CHAVES. Vitor Pinto. **O direito à Assistência Social no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2013

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL (CFESS). **CFESS Manifesta** - 11º Conferência Nacional de Assistência Social. 2017. Disponível em: <http://www.cfess.org.br/visualizar/manifesta> Acesso em: 20 de setembro de 2018.

DE LUCA, Tânia Regina. Direitos Sociais no Brasil (Fls. 469 - 493) in. PINSKY, Jayme; PINSKY, Carla Bessanezi (Org.). **História da Cidadania.** 6 ed. São Paulo: Contexto, 2012.

Grupo de Estudos sobre a Construção Democrática. Esfera Pública e Democracia no Brasil. **Revista Ideias**, Campinas 5(2)/6(1). 1998 - 1999.

SENADO FEDERAL. Instituto Legislativo Brasileiro (ILB). **Introdução ao Direito Constitucional (curso ead)**. Disponível em: <https://saberes.senado.leg.br/>. Acesso em: 23 de setembro de 2018

PARREIRA, Janaina Aparecida. **A compreensão dos sujeitos sociais sobre a Assistência Social prestada pelas organizações da sociedade civil filantrópicas.** 4° Simpósio Mineiro de Assistente Social: 80 anos de Serviço Social - tendências e desafios (Anais), 2016. Disponível em: <http://www.cress-mg.org.br/hotsites/4-simposio-mineiro-de-assistentes-sociais> Acesso em 21 de setembro de 2018.

Portal EBC. **Marcha da Família com Deus pela Liberdade pedia queda de Jango há 50 anos.** Disponível em: <http://www.ebc.com.br/cidadania/2014/03/marcha-da-familia-com-deus-pela-liberdade-em-19-de-marco-de-1964-0> . Acesso em: 19 de setembro de 2018.

SANTOS, Wanderley G. **Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira.** Ed 2. Rio de Janeiro: Campus, 1987.

SPOSATI, Aldaíza. Assistência Social: De ação individual a direito social. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007

Teoria do Direito

7

Constituição Federal e sua natureza: de Konrad Hesse ao pós-estruturalismo

Julyana Neiverth [1]
Karoline Coelho de Andrade e Souza [2]

Introdução

A Constituição Federal possui extrema importância principalmente por funcionar como um norte principiológico de todo ordenamento jurídico de um país e influenciar diretamente na vida social, política e econômica. O objetivo do presente trabalho está em apresentar uma discussão crítica-teórica sobre em que consistiria a natureza da Constituição.

A pretensão é teórico reflexiva, com cunho qualitativo, realizada por meio da utilização da metodologia de pesquisa bibliográfica. Os principais referenciais teóricos constitucionalistas

[1] Mestranda em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG/PPGCSA). Pós-graduada em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera de ensino à Distância. Especialista em Direito Processual Civil com ênfase no Código de Processo Civil de 2015, pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Pesquisadora do LABTESP - Laboratório de Pesquisa Interdisciplinar em Teoria Social/Teoria Política e Pós-Estruturalismo, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Bolsista Capes. Advogada sob o registro OAB/PR nº 81.276. E-mail: juneiverth@hotmail.com.

[2] Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. (UEPG/PPGCSA). Especialista em Filosofia e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Pesquisadora do LABTESP - Laboratório de Pesquisa Interdisciplinar em Teoria Social/Teoria Política e Pós-Estruturalismo, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Advogada sob o registro OAB/PR nº 77.135. E-mail: karolcoelhodeandrade@hotmail.com.

adotados foram de Konrad Hesse, Ferdinand Lassale, Luis Roberto Barroso e José Afonso da Silva. Os principais referenciais teóricos pós-estruturalistas adotados foram de Gilles Deleuze, Feliz Guattari e Michel Foucault.

Em um primeiro momento da pesquisa, que podemos caracterizar como exploratória, buscou-se através dos referenciais teóricos conceituar o que é uma Constituição e apresentar como ela, teoricamente, deve funcionar. Na sequência, tenciona-se essa base teórica com argumentos e conceitos pós-estruturais, de modo que, possibilitando uma reflexão crítica-teórica sobre a forma de funcionamento uma 'Constituição' e sua natureza.

A partir disso, o argumento base é de que uma Constituição funciona como um dispositivo-agenciamento que permite regular e ordenar uma realidade específica composta por diferentes segmentos, diferentes fluxos, em constante movimento. A principal tarefa de uma constituição é, de certa forma, estabilizar esses fluxos, reduzindo singularidades em direção à uma unificação.

Ao final, propõe-se como alternativa de pensamento crítico teórico aos problemas do direito constitucional - que se iniciam já na definição de sua natureza – um viés pós-estruturalista, através do qual é possível identificar a repetição dos mesmos ciclos estruturais e, também, como estes ciclos nos remetem à soluções que, consequentemente, nos remeterão aos mesmos problemas, seja na Constituinte de 1967, seja na Constituinte de 1988.

1. O Constitucionalismo de Konrad Hesse - A virtualidade da Constituição

Em 1959, Konrad Hesse publicou a obra "*Die normative Kraft der Verfassung*", a qual foi traduzida para o português por Gilmar Ferreira Mendes e publicada em 1991, sob o título: "A Força Normativa da Constituição". Nessa obra Hesse irá tecer uma crítica ao pensamento de Ferdinand Lassale, constante na obra "*Uber das Verfassungswesen*" (A essência da Constituição), divulgada em

1862/63, em uma associação liberal-progressista de Berlim (HESSE, 1959).

Para Lassale – considerado como um dos precursores do sociologismo constitucional ou do conceito sociológico de Constituição (BARROSO, 2010) – as questões constitucionais não seriam jurídicas, e sim políticas. Em sua visão, que se baseia na divisão entre Constituição Real e Constituição Jurídica, esta última não passaria de um 'pedaço de papel' que expressa as relações de poder dominantes em determinado contexto, a soma dos fatores do poder que regem a sociedade. O que determina o conteúdo de uma Constituição seria a somatória da relação entre o poder militar (forças armadas), o poder social (latifundiários), o poder econômico (grande indústria e pelo grande capital) e o poder intelectual (consciência e cultura gerais) (LASSALE, 2000).

O posicionamento de Lassale permite dizer que os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder. Logo, a Constituição exprimiria fielmente as relações de poder que imperam em determinada realidade social (BARROSO, 2010). A visão de Lassale parte do pressuposto que determinado grupo social detém o poder, e essa detenção/força é medida conforme ocorrem disputas relacionais entre esses grupos. Sendo a Constituição uma espécie de síntese, de resultado, reflexo dessas disputas relacionais.

Em linhas gerias, Hesse absorve de Lassale a existência de uma Constituição Jurídica e de uma Constituição Real, todavia salienta que a Constituição Jurídica não significaria apenas "um pedaço de papel" que espelharia as relações de poder. Apontará a existência de um potencial organizador social e político constitucional, bem como sua vinculação com a realidade histórica do seu tempo (HESSE, 1959). Isto é, embora a Constituição possa ser lida como reflexo das relações de poder existentes no âmbito social, estaria *além* desse reflexo por servir como um instrumento jurídico hábil a organizar campos sociais e políticos, a determinar um '*dever ser*'.

Não obstante a diferenciação entre Constituição Jurídica e Constituição Real[3] aliada à discussão de cientificidade do Direito Constitucional[4] sejam interessantes, o que realmente traz Hesse à nossa discussão são suas teorizações sobre em que consistiria uma 'Constituição propriamente dita' e seu funcionamento.

Em uma acepção mais ampla, todas as sociedades políticas tiveram uma Constituição, que correspondia à forma de organização e funcionamento de suas instituições essenciais. A própria palavra "Constituição" remonta o vocábulo *constitutionis*, remetendo ao verbo "constituir", ou seja, designa o modo de ser específico de determinada coisa, os elementos que irão individualizá-la, o ato de sua criação (BARROSO, 2010).

Desta forma, a Constituição não tem caráter meramente descritivo, contendo "a pretensão de influenciar sua ordenação, mediante um ato de vontade e de criação, usualmente materializado em um documento escrito" (BARROSO, 2010, p. 94). Segundo Barroso, é possível conceituar a Constituição, do *ponto de vista político*, como um conjunto de decisões do poder constituinte para criação/reconstrução de um Estado, seus órgãos de poder e as relações sociais, e do *ponto de vista jurídico*, no sentido material, como a organização do exercício do poder político (definindo direitos fundamentais, consagrando valores, indicando fins públicos), e, no sentido formal, como uma norma fundamental e superior, que regulamento o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico (BARROSO, 2010). Uma Constituição deve ser entendida como o conjunto de regras e princípios referentes à

[3] Constituição Jurídica seria o documento escrito, chamado 'Constituição', enquanto que a Constituição Real estaria atrelado à correspondência legal às situações fáticas, históricas, sociais e culturais, responsáveis por determinar o grau de eficácia daquela determinada constituição jurídica (HESSE, 1959).

[4] Problematizando por um lado, a elaboração de normativas completamente desvinculadas das condições sociais, onde se resume a realidade à norma que "está em vigência" ou que "foi derrogada", e, de outro, o fato da realidade política e social ser levada à ignorar o significado da ordenação jurídica: "Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase que inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo" (HESSE, 1959, p. 06).

estrutura estatal, à formação dos Poderes Públicos, à distribuição de competências, forma de governo, aquisição de poder etc.

Hesse irá constatar que a história constitucional ensina que "tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade se submete à realidade fática" (1959, p.02). Tanto é que essa linha de argumentação se alinha à ideia proposta, por Barroso (entre outros), no sentido de que a força normativa e a conquista de efetividade pela Constituição são fenômenos que só se consolidaram após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988 (BARROSO, 2010). [5]

Entendia-se, assim, que havia uma preponderância do 'poder da força', diga-se, dos regimes militares, em detrimento da consideração da realidade fática. Com a Constituição de 1988 e seus ideias democráticos, intimamente ligados à participação popular e a práticas cidadãs, é que se entendeu doutrinariamente, que finalmente estaríamos buscando a verdadeira 'força normativa da constituição', nos moldes hessenianos.

Quando questiona se "existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional?" (HESSE, 1959, p. 04), Hesse toca exatamente no ponto chave deste artigo: Qual é a natureza da norma constitucional que a faz ser impositiva? O que determina como será e o que conterá em uma Constituição?

Hesse argumenta que a natureza de uma Constituição é composta por dois elementos: a realidade fática (ser) e a constituição jurídica, a normatividade (dever ser). Assim, poderiam surgir duas

[5] Até a influência de autores alemães como Hesse e Müller, as Constituições eram compreendidas como "cartas programáticas", sem efetividade/normatividade (só um pedaço de papel) (MAGALHÃES, 2006). No Brasil, de acordo com Barroso (2006), a questão da efetividade era debatida por autores como Meirelles Teixeira e José Afonso da Silva (além da influência do Canotilho), apresentando-se como "ponto pacífico", após a Constituição de 1988.

situações hipotéticas, a primeira quando houvesse apenas ênfase ao 'dever ser', que ocasionaria uma "norma despida de realidade" (HESSE, 1959, p. 06) – que é a razão de crítica com relação à afirmação da Constituição como 'pedaço de papel' feita por Lassale – e, a segunda, quando se houvesse ênfase apenas no 'ser', haveria uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Segundo o autor apenas a soma desses dois elementos poderia conduzir à uma pretensão de eficácia constitucional (HESSE, 1959).

Dessa forma, a crítica que Hesse dirige à Lassale se dá porque este reconhece a primazia das relações fáticas de poder, entendendo que a 'essência' de uma Constituição estaria nos fatores reais de poder. No entanto, Hesse argumenta que esta compreensão é errônea vez que a Constituição jurídica não estaria apenas condicionada pela realidade histórica, ela também ordena e conforma essa realidade, a partir de uma força própria. Ou seja, o núcleo do argumento de Hesse encontra-se na compreensão de que realidade e Constituição encontram-se em uma relação recíproca de interdependência – fazendo com que a Constituição seja determinada e determinante da realidade (HESSE, 1959).

Nesse sentido, Hesse argumentará que "a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade" (HESSE, 1959, p. 07). Em outras palavras, só é possível falar em uma "pretensão de eficácia da norma jurídica" constitucional quando consideramos as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais e quando for "igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas" (HESSE, 1959, p. 07).

Porém, quando pensamos em uma natureza constitucional que abrange o 'ser' e o 'dever ser', estamos, ainda, dentro de um campo de binarismos, que acaba por limitar a compreensão do

funcionamento de uma Constituição, ensejando certos problemas teóricos. Afinal, da análise desse discurso constitucionalista, o que temos é um paradoxo: ao mesmo tempo em que a Constituição provem do 'ser', da realidade fática/histórica, ela também determinaria um 'dever ser', normatividade, sobre o 'ser'. A Constituição advém de uma realidade social, política, econômica, para determinar como essa mesma realidade deve funcionar.

Essa constatação implica algumas considerações consequentes: a) só haveria a necessidade de uma Constituição, diante da eterna não correspondência entre o 'ser' e o 'dever ser', isto é, haveria uma infinita necessidade de tentativa de regulamentação do 'ser', que tenta ser suprida pelo instrumento de uma Constituição; b) o 'ser' se mostra muito mais complexo à medida de sua dinamicidade, logo, a normatividade, o 'dever ser' constitucional, nunca conseguirá abarcar todas as suas variações; c) todavia, se o 'ser' nunca corresponderá ao 'dever ser', a pergunta que permanece é: o que é determinante na constituição da escolha do que supostamente será o 'dever ser'? Veja-se, que esta pergunta muito mais para além de um caráter filosófico, implica diretamente em tentar responder por qual razão deveríamos obedecer aos ditames de uma Constituição? Ou melhor, o que faz com que essa Constituição, esses conjuntos pré-estabelecidos de 'dever ser' detenham uma pretensão de eficácia?

E, justamente nesse ponto, é que a teoria constitucional advinda de Hesse e sucessores é insuficiente para responder ao questionamento. Afinal, desta racionalização, infere-se que não há razão para nos sujeitarmos à Constituição (além de uma mera convenção social/organizacional que não sabemos explicar exatamente), ou, então, a hipótese mais provável, é que o viés binário proposto pelo referencial teórico constitucional é insuficiente para explicar a natureza da Constituição apenas em termos de 'ser' e de 'dever ser'.

2. Constituição: Um viés pós-estruturalista

Para apresentar uma alternativa a este paradoxo, argumentamos, neste artigo, a natureza da Constituição como de um agenciamento. Ela funciona como um instrumento que ordena os diversos fluxos, segmentos, que perpassam pelo plano de imanência, pelo real.

Quando Hesse defende que a 'força ativa' de um Constituição só é possível quando estiverem presentes na consciência geral não apenas a '*Wille zur Macht*' (vontade de poder), como, também, a '*Wille zur Verfassung'* (vontade de Constituição), caracterizará essa última como a "compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme" (1959, p.12), ou seja, as pessoas devem querer se submeter a este 'dever ser', por isso coloca que "essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos da vontade humana" (1959, p.12).

A sensibilidade crítica de Hesse ao trazer para a conversa um tipo de 'substrato espiritual', como a necessidade da vontade humana, demonstra, mesmo que indiretamente, a necessidade de se trazer elementos do desejo, elementos que perpassam o terreno da virtualidade, do devir, para explicar a natureza da Constituição. Porém, sua teorização apresenta um equívoco: partir do pressuposto de que o 'substrato espiritual', de que essa vontade humana, não seriam reais apenas por serem abstratos.

Este equívoco traz como consequência que o tal 'substrato espiritual', embora leve este nome, embasa-se em elementos materiais, atuais da realidade. Hesse argumentou com veracidade na importância em se considerar os elementos sociais, políticos e econômicos - que podem ser resumidos como os sistemas vigentes à dada época -, os quais são determinantes para formação e constatação do estado espiritual (*geistige situation*) - a manifestação

da vontade popular - como requisitos essenciais da força normativa da Constituição (HESSE, 1959, p. 13).

Assim, embora tenha surgido na discussão essa preocupação sobre o que é que irá orientar efetivamente o desejo, a vontade, que serão determinantes para escolha e pontuação do que uma Constituição conterá e do porque ela deverá ser observada, reconduziu-se essas virtualidades ao terreno do que é material, tangível, exteriorizado. O que acaba por desembocar, novamente, no paradoxo que já foi apresentado.

A questão é que o pensamento de Hesse pensamento ficou limitado à estrutura pré-determinada, de modo que a solução seria, em linhas gerais, a elaboração de outras normativas constitucionais à medida em que as normativas já existentes não dessem conta da realidade existente ou não fossem suficientemente flexíveis para manter um ordenamento diante das mudanças (HESSE, 1959).

A alternativa mencionada embasa-se em Gilles Deleuze, que explica nossa realidade como um *plano de imanência*, composto de multiplicidades, as quais implicam em elementos virtuais (linhas moleculares) e elementos atuais (linhas molares). Assim, uma percepção atual rodeia-se de uma nebulosidade de imagens virtuais que se distribuem sobre circuitos moventes, dizendo-se 'virtuais' à medida que sua velocidade ou sua brevidade os mantêm sob um princípio de inconsciência, de indeterminação, de incerteza (DELEUZE, 1996).

Os elementos atuais, por sua vez, se traduzem na atualização do virtual, ou seja, são as 'individualidades constituídas' (DELEUZE, 1996, p. 51), a concretização dos elementos virtuais, que não se confundem com eles. "A distinção entre o virtual e o atual corresponde à cisão mais fundamental do Tempo, quando ele avança diferenciando-se segundo duas grandes vias: fazer passar o presente e conversar o passado" (DELEUZE, 1996, p. 54).

Em outras palavras quando pensamos os conceitos de atual e virtual, estamos pensando em temporalidade. O atual como o momento presente (que não existe porque mesmo o 'agora' já é

passado) e o virtual como momento passado (a relação abstrata do número de possibilidades de escolhas do que poderia ter acontecido a partir dos desejos e dos afetos). O atual não se opõe ao virtual, eles coexistem formando duas facetas de nossa realidade.

O plano de imanência, sinônimo do real, é atravessado continuamente por fluxos/segmentos de desejo e de afeto. Cada ser é individualizado e se encontra inserido em rizomas peculiares, perpassados por segmentos (DELEUZE, GUATTARI, 1996a):

> Somos segmentarizados por todos os lados e em todas as direções [...] Somos segmentarizados binariamente, a partir de grandes oposições duais: as classes sociais, mas também os homens e as mulheres, os adultos e as crianças, etc. Somos segmentarizados circularmente, em círculos cada vez mais vastos, em discos ou coroas cada vez mais amplos, à maneira da "carta" de Joyce: minhas ocupações, as ocupações de meu bairro, de minha cidade, de meu país, do mundo... Somos segmentarizados linearmente, numa linha reta, em linhas retas, onde cada segmento representa um episódio ou um "processo": mas acabamos um processo e já estamos começando outro, demandantes ou demandado para sempre, família, escola, exército, profissão, e a escola nos diz: "Você já não está mais em família", e o exército diz: "Você já não está mais na escola...". Ora os diferentes segmentos remetem a diferentes indivíduos ou grupos, ora é o mesmo indivíduo ou mesmo grupo que passa de um segmento a outro (DELEUZE, GUATTARI, 1996b, p. 02).

A noção de que somos segmentarizados implica o reconhecimento de que em cada um de nós perpassam diferentes segmentos, diferentes fluxos de desejo e de afeto, que estão em constante movimento, em constante mudança, imprevisíveis. Somos compostos de multiplicidades, de diferenças. Quando somos segmentarizados, essa diferença, esse caráter múltiplo de nosso ser é suprimido para dar origem ao 'todo'. É a lógica da binarização, "ou é isso ou é aquilo", ou você se encontra em um segmento, ou se encontra em outro. Reduzindo nossas singularidades a um grupo homogêneo, à uma unificação. Ou nossa realidade se encontra no

âmbito do 'ser', ou no âmbito do 'dever ser'. Ou a pessoa é cidadã, ou não é.

Os segmentos implicam agenciamentos ou, nas palavras de Foucault, dispositivos, entendendo-se deste modo, como um conjunto heterogêneo que pode englobar instituições, leis, medidas administrativas, organizações arquitetônicas, proposições morais, filosóficas, etc. (FOUCAULT, 1998). Um dispositivo pode se referir às formulações discursivas ou não discursivas, englobando a rede do "saber-poder" foucaultiana, produzindo aquilo que é considerado verdadeiro em um determinado espaço-tempo, e efeitos de poder – como a segmentarização. Ou seja, ele é constituído por um campo de visibilidades e um campo de enunciações, que estratificam o visível em regimes de dizer possíveis.

Estes conceitos de agenciamento e dispositivo são aproximados a partir da leitura que Deleuze (1988) faz de Foucault (em especial dos livros A Arqueologia do Saber [2008a] e Vigiar e Punir [2008b]). Segundo essa leitura, Foucault demonstra o diagrama da rede de poder-saber que produz e ordena o mundo dos homens. Isto é, existe uma máquina abstrata (diagrama/programa) que coordena, escolhe em nível virtual, como é que os fluxos, segmentos serão agenciados por meio de seus dispositivos-agenciamentos.

Segundo o vocabulário deleuziano, podemos dizer que estes dispositivos-agenciamentos podem ser maquínicos ou de enunciação, remetendo-se aos corpos (ao indivíduo e ao plano atual) e às formações discursivas (ao que é incorpóreo, às formas de expressão, ao plano virtual) (ZOURABICHVILI, 2004).

Quando pensamos no dispositivo prisão, por exemplo, ele implica um regime de visibilidade, como o do panoptismo, aquele do "ver sem ser visto" e "ser visto sem poder ver a si mesmo e aos outros", como também um regime de enunciação que produz as figuras do "presidiário", e do "delinquente" (DELEUZE, 1990). Assim funcionaria nossa Constituição, ela mobiliza regimes de enunciação como o direito penal, afinal as normas penais

determinam o que é crime, quem será o delinquente, o criminoso, além de determinar, também, nossa forma de governo, quais são e como deverão funcionar os poderes legislativo, executivo, judiciário, quem são os cidadãos, quais são os direitos e garantias fundamentais que os cabem, quais são seus deveres, quais serão os princípios que todo o ordenamento infraconstitucional deve obedecer, entre outros.

Ao mesmo tempo, um dispositivo-agenciamento também implica linhas de força, como uma terceira dimensão, correspondente à dimensão do poder em Foucault que de alguma forma retifica, tangencia as coisas e as palavras. Trata-se de uma dimensão invisível e indizível – dirá Deleuze (1990) –, mesclada com as outras linhas, que não cessa de produzir o real[6]. Daí porque Foucault (2015) conceberá o poder como relação de forças que não apenas reprime, mas como algo que produz realidade, condutas, sujeitos, verdades.

Ao olharmos a Constituição como proveniente de uma máquina abstrata, perpassada por fluxos e segmentos de desejo e de afeto, pelas linhas moleculares, ampliamos nossa compreensão com relação à abrangência de sua eficácia, sem que isso signifique um paradoxo.

Essa teorização nos permite refletir quais foram os fluxos determinantes no momento de sua Constituinte, que não, necessariamente, precisam corresponder ou provir do âmbito do 'ser'. Isto é, ao enxergar a realidade como um plano de imanência, pensamos os acontecimentos e as normas jurídicas, principalmente as constitucionais, como enunciados que agenciam segmentos. Não de uma maneira uniforme, não de uma única maneira, mas de

[6] Segundo Deleuze (1990; 1988) Foucault descobrirá uma quarta dimensão que o primeiro dá o nome de linhas de subjetivação, ou de dobra, indicando justamente o Fora que é interior – é quando a força se dobra –, ou os esquemas de subjetivação (a ascese, o governo de si), que não é da esfera nem do saber nem do poder. Por fim, com base no trabalho interrompido de Foucault, Deleuze se indagará se as linhas de subjetivação não representam o mais extremo dos dispositivos, esboçando a passagem de um disposto ao outro, predispondo as linhas de fractura, que definitivamente rompem com um dispositivo, passando a outro.

forma aleatória e imprevisível, da qual nunca se tem certeza com relação à qual será o 'resultado'. Agenciamentos que ocorrem constantemente e concomitantemente, ora em um lugar, ora em outro: no momento da elaboração, no momento da interpretação e no momento da aplicação. Quebra-se o pensamento linear e se permite refletir com profundidade sobre os dinamismos e a razão de existirem tantas divergências entre nossa teoria e prática.

Por que obedecemos às normas Constitucionais? Segundo o pensamento pós-estrutural seria porque nossos fluxos e segmentos de desejo e afeto se encontram alinhados à sua forma de agenciamento de poder feita por esta Constituição e correspondente àquela determinada realidade. Em 1988, por exemplo, as virtualidades que perpassavam os indivíduos e as instituições estavam alinhados à ideia de uma Constituição que agenciasse concretamente ideais mais democrática, de quebrar com as opressões e repressões até então vividas em regimes ditatoriais.

3. Constituição como dispositivo-agenciamento – Uma ordenação político-jurídica do plano de imanência

A Constituição, assim, possui a natureza de um dispositivo-agenciamento de poder, já que é entendida, de maneira geral, na visão de Kelsen, como a normativa fundamental de toda a sociedade. É o conjunto normativo que irá ordenar, regulamentar, determinar de que forma as condutas privadas e públicas devem ser, que buscará regulamentar como a vida social, política e econômica *deve ser*.

É por isso que não apenas o indivíduo em si mesmo é segmentarizado, como também todas as coisas que existem. O que a crítica pós-estrutural permite enxergar (para além do viés estrutural, marxista) é a maneira como nossos sistemas se embasam em binarismos, em oposições, como forma de homogeneização das diferenças, a fim de tentar estabilizar fluxos múltiplos e dinâmicos. Um exemplo claro é quando Hesse trata do estabelecimento de princípios fundamentais para embasar uma Constituição: "Direitos

fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo" (HESSE, 1959, p.14). Ao mesmo tempo em que eu estipulo um direito, há um dever correspondente; ao mesmo tempo que eu pretendo aplicar diferentes normas, é necessário formar um todo unitário que será objeto de sua aplicação.[7]

O próprio poder, aqui, é homogeneizado – a "concentração de poder" faz-nos crer que existe uma instância (o Estado) ou classe social (a burguesia) detentora do poder. Mas outro ponto específico da crítica pós-estruturalista é que o poder não é simplesmente uma emanação de um aparelho estatal pré-existente[8]. É o próprio aparelho estatal, conforme insistiu Michel Foucault (2015), que funciona como efeito de projeção das relações de força/poder, ou seja, da microfísica do poder.

Essa homogeneização só é possível através de agenciamentos de segmentos, que são frutos ordenados provindos de máquinas abstratas. A máquina abstrata é que "organiza os enunciados dominantes e a ordem estabelecida de uma sociedade, as línguas e os saberes dominantes, as ações e sentimentos conformes, os segmentos que prevalecem sobre outros segmentos" (DELEUZE e

[7] Inclusive há uma parcela de controle, demonstrada pela citação de Walter Burckhardt, no texto de Hesse, que visa preservar o sistema estabelecido a qualquer custo, a custo de qualquer diferença, "mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável á essência do Estado, mormente ao Estado democrático" (HESSE, 1959, p. 15).

[8] Para ver um esquema razoável da visão de Michel Foucault a respeito do poder como relação, pode-se ver "História da Sexualidade I: a vontade de saber" (2015), bem como o livro de Deleuze, "Foucault" (1988), no qual ele resume essa concepção por meio do "abandono de Foucault" de cinco postulados comuns a respeito do poder: postulado da propriedade (o poder não se detém), postulado da localização (o poder não se encontra localizado no aparelho do Estado), postulado da subordinação (o poder não está subordinado a um modo de produção nem a uma infraestrutura, pelo contrário, as relações de poder são imanentes a todas as relações), postulado da essência ou do atributo (o poder não têm essência ou substância, mas é operatório), postulado da modalidade (o poder não age só por meio da violência e da ideologia, mas representa a relação de uma força com outra força e produz realidade) e, por fim, postulado da legalidade (o poder não se exprime somente por meio da lei).

PARNET, 1998, p. 105), é ela que assegura a homogeneização dos diferentes segmentos.

É o que se pode depreender de diversas obras de Foucault, como Vigiar e Punir (2008b), pontos que serão absorvidos por Gilles Deleuze, para compor a sua própria teoria e a noção mesma de "máquina abstrata" (NABAIS, 2009), ao compreender o poder como relação de uma força com outra força, que se dá no próprio plano da imanência. Por isso é que, embora saliente o princípio da divisão dos poderes do/no Estado, um constitucionalista como Barroso (2006, p. 128) – intimamente ligado à Hesse – entenda que "a força normativa da Constituição e das leis é, indiscutivelmente, uma das forças que influenciam a realidade política, mas não é a única, nem pode ser concebida sem sintonia com outros elementos".

Nesse mesmo sentido Hesse irá descrever a natureza impositiva de uma Constituição, a qual se amolda à de agenciamento, já que: "A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser", e, ainda, "Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela" (HESSE, 1959, p. 07).

A Constituição provém de uma máquina abstrata e funciona como dispositivo-agenciamento que determina como os fluxos e segmentos devem se ordenar, quais binarizações sistêmicas serão adotadas, qual será a ordem estabelecida em determinada sociedade, as ações conformes, os sentimentos que possuem valor jurídico. A máquina abstrata é descrita como um princípio transcendental (artificial), princípio de distribuição. Sendo 'máquinas' por sua atividade de distribuição, e 'abstratas' por não possuírem nenhum conteúdo definido, "são indiferentes ao conteúdo efetivo do que distribuem, embora, em parte, o determinem" (LAPOUJADE, 2015, p. 200). Segundo Lapoujade (2015) existiriam várias máquinas abstratas, algumas que operam de modo universal, como exemplo da máquina abstrata do

capitalismo que 'opera em toda a terra'. Outras, operariam de formas singulares, como máquina abstrata da filosofia política, máquina abstrata-Beethoven, as distribuiriam sua matéria em função de cada um de nós.

Essa conceituação de máquinas abstratas singulares pode gerar certa confusão com o conceito de agenciamento. O que diferenciaria a máquina abstrata de caráter universal de um agenciamento é o fato de que ela é informe, não possuindo um programa definido, distribuindo as multiplicidades de maneira rizomática e transversal, conteúdo inteiramente virtual (LAPOUJADE, 2015); e o agenciamento, por sua vez, atuaria diretamente nos graus de efetuação 'da' máquina abstrata. Todavia, quando traz máquinas abstratas singulares, se refere ao fato de que ao pensarmos em um único indivíduo, não há como ignorar que existam fluxos rizomáticos transversais que o circundem, e, esses fluxos irão corresponder a máquinas abstratas que atuem de forma diferencial de um indivíduo a outro, afinal cada um possui multiplicidades diversas.

O exercício de uma máquina abstrata de caráter geral, por assim dizer, não exclui o exercício de máquinas abstratas de caráter singulares. Bem como, isso não quer dizer que cada uma delas possua agenciamentos próprios. Existe certa dificuldade de compreensão na medida em que estamos acostumados a pensar em termos de oposição e binarização, porém, há que se ter em mente a ideia de fluxos, que estão constantemente se modificando segundo critérios de temporalidade. O fluxo que era há um segundo atrás, pode ser ou não o mesmo que de um segundo adiante.

Feito esse aparte, a máquina abstrata é como uma máquina do futuro, porque não serve para representar algo, ela vem construir um real por vir, um novo tipo de realidade, estando não 'fora' da história, mas sempre antes. E só consegue fazê-lo, concretamente, por meio de dispositivos-agenciamentos, constituindo pontos de criação ou de potencialidade (LAPOUJADE, 2015). Nossa Constituição entra na discussão de modo que:

> Define-se, ao mesmo tempo, a natureza peculiar e a possível amplitude da força vital e da eficácia da Constituição. **A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente** [...] Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua operação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida (HESSE, 1959, p. 11). (**grifo nosso).**

A Constituição, possui, portanto, essa característica de 'dever ser', de se pretender a ordenar, de fornecer quais serão as diretrizes a serem observadas, exatamente no mesmo sentido da proposta de um dispositivo-agenciamento[9]. Nesse sentido é que se pode fazer referência, também, a diversos constitucionalistas – das mais variadas correntes –, insistindo no papel de regular, organizar, ordenar (algo) que a Constituição possui. É o caso por exemplo, da insistência de J. J. Gomes Canotilho em uma "Constituição dirigente" que define fins, estabelece diretivas, estatui imposições (BARROSO, p. 286). Mas também da definição de Constituição de José Afonso da Silva (2012, p. 40), para quem a Constituição seria "um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado [...]. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.".

Quanto à efetivação de suas pretensões, "a Constituição adquire força normativa na medida em que logra idealizar essa pretensão de eficácia" (HESSE, 1059, p.08), ou seja, na medida em que atua diretamente sobre corpos e signos por meio de regimes enunciáveis e regimes de visibilidade e que o real é alterado. O real

[9] Partindo deste raciocínio, não seria incorreto pensar que todo nosso ordenamento jurídico, todas as nossas leis funcionam como propostas de dispositivo-agenciamento. Todavia, a Constituição se constitui em instrumento diferencial de análise na medida em que encabeça o norte programático de todo o ordenamento, em que funciona como a "norma hipotética fundamental" (KELSEN, 2011).

passa a funcionar de acordo com as prescrições constitucionais, de acordo com o agenciado.

Agenciamentos são multiplicidades, comportando atuais e virtuais (DELEUZE e PARNET, 1998), e são ditos *concretos* porque efetuam num nível observável o programa ou diagrama desta ou daquela máquina abstrata. São organizados, estruturados, formados, "sem os agenciamentos, as forças jamais seriam ligadas, nada jamais se fixaria [...] Tudo se firma pelos agenciamentos, mas tudo se explica pelas máquinas abstratas" (LAPOUJADE, 2015, p. 202).

E "embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas" (HESSE, 1959, p. 12), na prática, a Constituição agencia todos os mecanismos infraconstitucionais: desde Códigos - Penal, Civil, Ambiental, Processuais -, sistemas - judiciário, legislativo, executivo, eleitoral-, regimentos, estatutos municipais, até a forma de conduta de servidores públicos.

Agenciamentos concretos são regimes de signos, e é sempre duplo, ao mesmo tempo é maquínico de corpos e semiótico de signos, "não é apenas uma concretização ou uma efetuação desta ou daquela máquina abstrata, mas sim uma relação, às vezes instável, entre duas ordens realmente distintas: multiplicidade dos corpos e multiplicidade de signos" (LAPOUJADE, 2015, p. 203). Isso implica dizer que um agenciamento para se 'efetivar' nos corpos, desenvolve um sistema de significação que irá suplementá-lo. E esse sistema de significação é se refere aos agenciamentos de enunciação, já que o enunciado é forma expressão do incorporal (sem, no entanto, se confundir com as proposições e as frases) (FOUCAULT, 2008a). Um enunciado é sempre a multiplicidade dos signos materializados em um determinado espaço-tempo (DELEUZE, 1988; NABAIS, 2009).

A Constituição é assim, como toda lei, puro agenciamento de enunciados (semiótico), pura forma vazia (DELEUZE, 2009) – afinal, à uma Constituição não cabe qualquer conteúdo? No entanto, seus efeitos são sentidos e vividos de forma bem real, ela se efetiva nos corpos. Encontrando-se no nível molar, fixa comportamentos, modelos, territoriarialidades, estruturas legais. Uma das primeiras

estruturas de que podemos falar é a do cidadão. O cidadão é fruto de uma máquina da qual Constituição é apenas um dos agenciamentos que fixa o homem dentro das fronteiras do Estado, concedendo-lhe o estatuto de cidadão, sendo ele nascido neste território ou filho de nascidos aqui – caso o qual caberá direitos. Não sendo cidadão, não terá os mesmos direitos, sendo apátrida, direito nenhum.

Mas para além dessas inúmeras estruturas, o momento de emergência de uma Constituição é o mais flagrante a respeito dos agenciamentos que ela recobre. Inúmeros desejos advindos do nível molecular. A multiplicidade de desejos emerge desse nível molecular, para modificar as estruturas do modelo legal. São desejo de reconhecimento (como no caso das minorias), de democracia, etc. Mas também existem desejos de manutenção de privilégios, desejo de exclusão do outro – afinal, o desejo pode ser fascista, pode ser classista, pode ser desejo de destruição e desejo revolucionário (DELEUZE, GUATARRI, 1996b).

Assim, é o próprio desejo agenciado que produz realidades, no dispositivo-agenciamento da Constituição é possível perceber o movimento de territorialização constante de fluxos advindos do nível molecular. Emendas constitucionais, inovações legislativas no campo das minorias constituem um bom exemplo. Toda vez que um ordenamento jurídico erige uma nova situação como direito fundamental pode-se falar em agenciamentos produzidos; o reconhecimento do aborto, do casamento homoafetivo, a eutanásia, etc.

4. Considerações Finais

Quando Hesse coloca que "somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente desenvolver-se" (HESSE, 1959, p.09), não poderia prever a coerência de suas afirmações, principalmente quando pensamos o Direito Constitucional, *lato sensu*, como um

estudo específico que envolve agenciamentos, incluso a Constituição, parte integrante de uma máquina abstrata que busca construir um real por vir:

> As Constituições, afirma, pertencem àquelas coisas da vida cuja realidade se pode ver, mas cuja origem jamais poderá ser totalmente compreendida e, muito menos, reproduzida ou copiada. [...] Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência (HUMBOLDT *apud* HESSE, 1959, p. 09).

Para tanto, a partir do viés estruturalista, neste artigo representado principalmente por Konrad Hesse, a frequência de reformas constitucionais abalaria "a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental de eficácia da Constituição" (HESSE, 1959, p. 15). Perceba-se, entretanto, que a partir dessa linha de raciocínio, somos impelidos a acreditar que uma Constituição, desde que efetuada nos moldes da observância dos fatores sociais, políticos, econômicos e espirituais, possuiria força normativa, como se, isso fosse um sinônimo de aspirações democráticas. O que não é necessariamente verdade, basta pensar como exemplo o regime totalitário alemão.

Tanto os fatores sociais, políticos, econômicos e *virtuais* são atravessados por diversos fluxos de desejo e de afeto. Fluxos que estão em constante movimento. Não são fluxos fixos e imutáveis. Os mesmos fluxos que perpassam do momento da elaboração de uma Constituição, podem ser diferentes daqueles que estão sendo direcionados aos agenciamentos. Como podem ser diferentes daqueles que serão efetivamente concretizados.

A Constituição não é o único agenciamento existente. Existem tantos agenciamentos quanto tantas possibilidades relacionais entre fluxos diversos. Por essa razão, quando Hesse coloca que "uma mudança nas relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição" (1959, p. 16) e "se o sentido de

uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável" (1959, p.17), argumentamos que uma Constituição nunca será um meio hábil para estabilizar todos os fluxos, todas as linhas moleculares que atravessam nossa vida.

Essa linha de pensamento demonstra apenas o processo de adaptação de máquinas abstratas em sua tentativa de gerenciar, ordenar os fluxos, sem, no entanto, que seja possível sair do mesmo ciclo. O ciclo do 'ser' determinando o 'dever ser', que voltará a determinar o 'ser'. Como se pode ver, esse raciocínio não permite uma margem de crítica para resolver, de fato, os problemas que existem no âmbito do Direito Constitucional, como um todo. Enquanto se pensar nesses termos, estaremos sempre retornando para o mesmo 'processo estrutural', que não será capaz de apresentar soluções diferentes, pois funciona em ciclo. A solução proposta por Hesse em alterar os elementos normativos sempre que esses não se configurem mais aptos ou flexíveis em sua correspondência com a realidade, é apenas tautológica, paliativa.

Ainda que se elabore e se passe à vigência de uma nova Constituição, os impasses serão os mesmos, como se a norma constitucional está sendo obedecida igualmente em todos os lugares, ou como a necessidade das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ou o abismo entre as normas pragmáticas e o que se realmente efetiva. A realidade é dinâmica, e a proposta, aqui, está em se abrir o pensamento crítico teórico para pensar soluções que fugam desse ciclo estrutural repetitivo. Um viés possível, a nosso ver, é a interpretação da natureza Constitucional como dispositivo-agenciamento, questionando a eventual máquina abstrata que a molda e a forma como seus agenciamentos se concretizam. Questionando quais foram e são os fluxos de desejo e de afeto determinantes em cada etapa de seu desenvolvimento.

Desta forma, a natureza da Constituição se amoldaria melhor à de um dispositivo-agenciamento, o que permitiria explicar seu funcionamento, variações, e lacunas sem que isso significasse

adentrar em um paradoxo. Dá conta de responder, também, à problemática da efetividade Constitucional, da força da Constituição: ela será efetiva quando seus agenciamentos refletirem os fluxos de desejo e de afeto que perpassam as instituições e os indivíduos em determinado contexto histórico.

E, quando pensamos nestes termos, abre-se margem para pensar uma solução para as problemáticas constitucionais – a exemplo da relação difícil entre o que está disposto, o que é interpretado e a forma pela qual ela é aplicada, sua correspondência com os instrumentos políticos, jurídicos que existem – sem retornar ao mesmo ciclo vicioso e paradoxal. Permitindo identificar, e, por que não, trabalhar quais seriam, quais foram, e quais poderão ser os fluxos de desejo e de afeto determinantes em uma Constituinte.

5. Referências

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010

_____ **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas:** Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERNARDES, J. T.; FERREIRA, O. A. V. A. **Direito Constitucional e Constituição**. Coleção saberes do direito. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. 1874 – Três Novelas ou "O que se passou?". *In*: _____. **Mil Platôs.** Capitalismo e Esquizofrenia**.** Vol. 3. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1996a.

_____. 1933 – Micropolítica e Segmentaridade. *In*: _____. **Mil Platôs**. Capitalismo e Esquizofrenia. Vol. 3. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1996b.

_____. **Foucault.** Tradução: Claudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **Sacher-Masoch:** o frio e o cruel. Tradução: Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

_____. O atual e o virtual. *In*: _____. **Dialogues**, de Gilles Deleuze e Claire Parnet. Paris: Flammarion, 1996.

_____. O que é um dispositivo? *In*: _____. **O mistério de Ariana.** Tradução/prefácio: Edmundo Cordeiro. Lisboa: Veja – Passagens, 1996.

DELEUZE, Gilles; PARNET, Claire. **Diálogos**. Tradução: Eloisa Araújo Ribeiro. São Paulo: Escuta, 1998.

FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Tradução: Luis Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008a.

_____. **A Ordem do Discurso:** aula inaugural do Collège de France, pronunciada em 02 de dezembro de 1970. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. **História da Sexualidade:** a vontade de saber. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

_____. Sobre a História da Sexualidade. In: FOUCAULT, M**. Microfísica do Poder**. Tradução: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998. p. 243-276.

_____. **Vigiar e Punir:** história da violência nas prisões. Tradução: Raquel Ramalhete. 35 ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008b.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20%20-%20Hesse.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 8. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LAPOUJADE, David. **Deleuze, os movimentos aberrantes**. Tradução: Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: N-1 edições, 2015.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000. Disponível em: <http://files.direito-edtn.webnode.com/200000069-ee19fef143/A%20Essencia%20da%20Constituicao%20-%20Ferdinand%20Lassalle.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

NABAIS, Catarina Pombo. A Dobra Deleuze-Foucault. In: CASCAIS, António F; LEME, José L. C.; NABAIS, Nuno (eds.). **Lei, Segurança e Disciplina:** trinta anos depois de Vigiar e Punir de Michel Foucault. Lisboa: CFCUL, 2009, p. 71-100.

ZOURABICHVILI, François. **O Vocabulário de Deleuze**. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Sinergia - Relume Dumará, 2004.

Direito Administrativo & Econômico

8

Empresas estatais, governança corporativa e desenvolvimento econômico [1]

Vinícius Klein [2]
Guilherme Grando [3]

Introdução

Apesar do ceticismo da literatura econômica (por exemplo, SHLEIFER e VISHNY, 1994) as empresas estatais, ou, *State Owned Enterprises* (SOEs) sobreviveram ao processo de globalização econômica e a diversas iniciativas de privatização ocorridas em diversos países. No Brasil, apenas para ilustrar o raciocínio, o Boletim das Empresas Estatais Federais do 1º Trimestre de 2018 da Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Ministério do Planejamento, referente às empresas estatais federais, aponta 144 (cento e quarenta e quatro) empresas estatais federais – 47 de controle direto da União e 97 de controle indireto – que empregam 506.967 (quinhentas e seis mil novecentos e sessenta e sete) pessoas com patrimônio líquido total de R$

[1] O presente artigo é corresponde a palestra com a mesma temática dada pelo professor Vinícius Klein no I Congresso de Direito Público da UEPG: 30 anos de Constituição para quem?

[2] Doutor em Economia pela UFPR e em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador do Estado do Paraná. Professor no Departamento de Economia da Universidade Federal do Paraná, na graduação em Economia e no Mestrado Profissional em Desenvolvimento Econômico. E-mail: viniciusklein78@yahoo.com.br

[3] Servidor do Ministério Público do Estado do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduado em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. E-mail: guigrando@hotmail.com

524.500.000.000,00 (quinhentos e vinte e quatro bilhões e quinhentos milhões de reais). No âmbito mundial pode-se mencionar que as SOEs representavam cerca de 10% do PIB Mundial, correspondiam a cerca de 20% do mercado de capitais global e, em 2012, mais de 10% das maiores firmas mundiais eram SOEs segundo a *The Economist*. Deste modo, observa-se que a utilização dos SOEs como instrumentos de política econômica no Brasil e na experiência comparada não é um fator que deva ser retirado das análises teóricas.

Já no âmbito da teoria jurídica as empresas estatais têm um terreno menos árido e as interpretações usualmente conferidas à ordem econômica constitucional não trazem impedimentos significativos a criação ou a manutenção das empresas estatais, que, em última análise, estariam sujeitas a um juízo mais político do que jurídico. Afinal, o permissivo constitucional do art. 173[4] de criação

[4]Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários:

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

de empresas estatais (quando surgirem razões de relevante interesse coletivo ou segurança nacional) sempre foi interpretado como imune à análise judicial, restando a análise política pelo Poder Legislativo quando da aprovação da lei de criação da empresa estatal. O debate acerca do princípio da subsidiariedade no Direito Econômico que será abordado na seção seguinte ilustra bem como uma interpretação da ordem constitucional mais restritiva às empresas estatais não é prevalente no direito brasileiro. Aqui, deve-se observar que a ordem econômica constitucional, ao trazer tanto os princípios instituidores do capitalismo (livre iniciativa, propriedade privada, livre concorrência e liberdade profissional) quanto princípios sociais (todos os demais do artigo 170[5]), criou uma moldura institucional bastante ampla para que as escolhas políticas de mais intervenção direta na atividade econômica ou redução desta intervenção sejam sujeitas ao juízo político. Entretanto, a edição da Lei das Estatais (Lei 13.303/2016) pode significar um repensar sobre a opção pela intervenção estatal direta na atividade econômica em sentido estrito[6], que tem sido substituída

[5] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[6] Neste sentido afirma GRAU: "a atividade econômica pode ser compreendida em duplo sentido, como prestação de serviços públicos e como, propriamente, atividade econômica em que o Estado passa a

pela intervenção indireta através da regulação, o que para parte da doutrina configura a passagem, no Brasil, do Estado de Bem-Estar Social para o Estado Regulador[7]. Essa transformação não significa, necessariamente, a privatização massiva das empresas estatais e nem a redução abrupta da participação estatal na atividade econômica como irá se observar ao longo deste artigo.

A transformação das SOEs pode ser vista a partir da incorporação do conceito de corporitização, seja ela voluntária, como, por exemplo, em função da busca por investidores em mercados de capitais mais maduros e com maiores exigências de governança corporativa, ou em função de normas legais direcionadas exclusivamente para as SOEs, como a Lei das Estatais. A expressão corporitização para fins deste artigo deve ser entendida como a imposição de padrões financeiros e operacionais do mercado[8] às empresas, no caso em estudo as empresas estatais.

No contexto da corporitização, a Lei das Estatais optou pela imposição da observância das normas de governança corporativa, que são desenhadas tendo como parâmetro as empresas privadas, mas esse movimento gera um desafio bastante interessante: a capacidade das normas de governança corporativa de mudar a cultura e a gestão das SOEs, evitando as ineficiências que geram as críticas que fundamentam a literatura econômica tradicional.

A relevância pode ser buscada no peso das normas de governança corporativa para o desenvolvimento econômico, o que tem sido objeto de tratamento pela teoria econômica como nos

---

explorar determinados setores e assume para si referidas funções, intervindo diretamente no âmbito privado" (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988**.11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 70.)

[7] Neste sentido tem-se o entendimento de JUSTEN FILHO: "No Estado de Bem-Estar, a regulação jurídica perdeu sua conotação apenas repressiva e adquiriu contornos promocionais. Em vez de apenas editar medidas de cunho negativo, passa a se valer de incentivo à adoção de condutas reputadas como socialmente indesejáveis."(JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. Interesse Público, ano 9, n. 43, 2007, p. 20).

[8] Nesse sentido por exemplo ver por exemplo: LANDONI, Matteo. Corporatization and internationalization of state-owned enterprises: The role of institutional intermediaries. **International Journal of Public Sector Management**, Vol. 31 Issue: 2, 2018, p. 223.

trabalhos de LA PORTA *et al.*, 1997 e LA PORTA *et al.*,1998. O debate entre Direito e Finanças ganhou maior destaque com um conjunto de estudos que procurou comprovar empiricamente como sistemas consistentes de governança corporativa são necessários para a eficiência do mercado financeiro e geram impactos positivos no desenvolvimento econômico. Trata-se de conclusão sujeita a críticas – como, por exemplo, em MILHAUPT e PISTOR, 2008; GILSON, 2006 – mas aceita em parte significativa da literatura. Este debate é bastante relevante para as SOEs, uma vez que a adoção de um padrão único e mais fechado de governança para as SOEs, sem qualquer adaptação à realidade institucional que as cerca pode gerar fracassos na eficiência destas reformas e produzir efeitos negativos para o desenvolvimento econômico.

No Brasil a Lei das Estatais (Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016) tornou obrigatória a adoção pelas empresas estatais de normas de governança corporativa como um instrumento de aperfeiçoamento da gestão destas empresas. Este processo de corporitização pode ser uma alternativa mais eficiente tanto na privatização quanto no controle estatal da totalidade do capital social. Como a Lei das Estatais concedeu às empresas estatais um prazo final para a incorporação plena das suas disposições de 24 (vinte e quatro) meses, ou seja, 30 de junho de 2018 estamos próximos ao final deste processo de corporitização obrigatória.

Neste contexto, a corporitização obrigatória pode ser vista como uma solução para obter ganhos similares aos da privatização em situações nas quais a privatização tem um custo político ou social elevado. A comparação entre as soluções de corporitização e privatização deve ser feita em um cenário factível e, deste modo, deve-se levar em contar o cenário regulatório aplicável aos dois contextos. No Brasil, os processos de privatização iniciados da década de 1990 vierem acompanhados de regulações setoriais significativas, como nos casos de telecomunicações e energia. Mesmo em setores da atividade econômica que resistiram a esses processos de privatização, mas que foram objeto de alguma

flexibilização, como o setor de petróleo e gás natural no qual atua a Petrobrás, houve a criação de um novo aparato regulatório. Deste modo, é razoável imaginar que movimentos adicionais de privatização sejam acompanhados de novos aparatos regulatórios.

Para atingir estes objetivos, o presente artigo divide-se em 5 sessões além desta introdução. Na primeira seção será trazido o tratamento das empresas estatais na esfera jurídica, mais precisamente na ordem econômica constitucional. Na seção seguinte será analisado o tratamento das empresas estatais pela teoria econômica. Na terceira seção será trabalhada a experiência da corporitização obrigatória trazida pela Lei das Estatais, bem como um panorama da literatura teórica e empírica sobre o tema. Deste modo, na quarta seção será possível analisar os principais ganhos a serem obtidos com a corportização trazida pela Lei das Estatais bem como os principais desafios ainda a serem superados.

As Empresas Estatais no Direito Econômico Brasileiro

A compreensão do papel desempenhado pelas empresas estatais no Brasil no âmbito da teoria jurídica passa pela análise das empresas estatais na ordem econômica constitucional e o contexto jurídico que levou a edição da Lei das Estatais.

Historicamente, a nível global, atribui-se a gênese das estatais a dois motivos principais: o primeiro, como uma forma de solução às crises e recessões provocados pela incapacidade do capital privado de manter-se em determinados setores do Estado (como ocorreu na Itália, França e Inglaterra), e o segundo, por manifestações políticas necessárias à realização de etapas específicas de transição econômica (Espanha, Alemanha e Japão).

A título de contextualização do primeiro postulado, é possível mencionar a criação do "*Instituto per la Ricostruzione Industriale*" (IRI) italiano, que surgiu em meio a uma grave crise do sistema bancário daquele país, e as estatizações das empresas dos setores siderúrgico e carvoeiro na Inglaterra, decorrentes de crises

provocadas pela incompetência do capital privado em se sustentar nesses ramos. Em relação ao segundo postulado, vale destacar o exemplo da economia espanhola, desarticulada pela guerra civil, bem como as mudanças no cenário econômico de Japão e Alemanha resultantes das Grandes Guerras[9].

Nessa conjuntura, o processo de intervenção estatal na atividade econômica tornou-se um padrão persistente e comum em diversos países europeus no cenário pós Segunda Guerra Mundial, e surge, paradoxalmente, com o objetivo de garantir a expansão e a continuidade do capitalismo.

No Brasil, a participação das empresas estatais na atividade econômica é significativa e a realidade de sua criação não difere muito da dos países europeus. Assim, muitas estatais foram criadas como resposta a situações estruturais, arranjos políticos e necessidades técnicas, em um cenário de expansão da indústria, ampliação do mercado, globalização e crises. A rigor, as estatais nascem em períodos de mudanças na organização da atividade produtiva, como ocorreu com a Petrobrás e com a Companhia Vale do Rio Doce, criadas em períodos de aprofundamento do acúmulo privado de capital.

A constituição de 1988, no que tange à atuação do Estado no domínio econômico, sofreu influência das Constituições de Portugal e da Espanha. Mas, essa influência foi mitigada pela descrença no Estado empreendedor em função da crise fiscal que levou a ao repensar do Estado[10].

---

[9] Para uma análise panorâmica do surgimento das empresas estatais nos países ocidentais ver: TONINELLI, Pier Angelo (ed). **The Rise and Fall of State-Owned Enterprise in the Western World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

[10] Nesse sentido afirma FONSENCA: "Além dessa influência ibérica, há que se assinalar-se também a que provém da situação de *crise* do Estado moderno, no que tange ao desempenho no domínio econômico. A uma situação de entusiasmo com o chamado Estado *empreendedor* sucede uma posição de desconfiança e descrédito, principalmente pela *baixa eficiência* comprovada. Surge assim nos países ocidentais um movimento de *reprivatização* da atividade econômica, bem como a pergunta sobre qual deva ser o novo papel do Estado numa economia de mercado. Surge então a árdua tarefa de *redefinir o papel do Estado* de forma a ajustá-lo às exigências dos novos tempos" (FONSECA. João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5.ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 266).

Em realidade com o advento da Constituição de 1988 houve uma mitigação do que dispunha o art. 163 da Constituição de 1967-1969 (tendência francamente intervencionista). A partir de 1988 o Estado Brasileiro ficou autorizado a intervir diretamente, mas limitadamente, no domínio econômico por meio da atividade empresarial. Deduz-se, portanto, que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado constitui-se numa verdadeira exceção, cuja regra é a não-intervenção.

Quanto ao restrito campo de atuação estatal na atividade econômica, a Constituição não define precisamente o que é relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional e remete à legislação infraconstitucional essa explicação. Ao assim estabelecer a regulamentação da matéria, o constituinte outorgou ao Poder Legislativo a realização do controle da existência ou não, no plano fático, dos critérios estabelecidos no art. 173 da CF quando da aprovação do projeto de lei que autoriza a criação de uma empresa estatal. Devido à abstração e ao caráter político dos critérios estabelecidos pelo texto constitucional o controle judicial é praticamente inviável.

Neste sentido própria Lei das Estatais criada para regulamentar o art. 173 da CF reforça, em seu art. 1º, § 1º, a necessidade de indicação precisa e clara da presença de um dos mencionados requisitos quando da constituição da estatal.

No plano prático as empresas estatais brasileiras atuam no âmbito da atividade econômica em sentido estrito em concorrência com as empresas privadas ou nos casos excepcionais previstos no texto constitucional em regime de monopólio.

Quanto aos demais delineamentos jurídicos das empresas estatais pode-se destacar a classificação em empresas públicas e sociedades de economia mista. As empresas públicas são aquelas cujo capital é integralmente público, podem adotar qualquer tipo societário e existir, até mesmo, unipessoalmente (art. 3º da Lei 13.3303/2016). Já as Sociedades de Economia Mista são organizações que possuem capital misto (tal como o nome sugere),

sendo que a maioria do capital (inclusive votante) é necessariamente público. Ainda, nos termos do art. 4º da Lei 13.303/2016, a Sociedade de Economia Mista deve sempre revestir-se da forma societária de Sociedade Anônima (S/A).

Um segundo ponto de destaque é o princípio da subsidiariedade. É importante destacar que não se pretende aprofundar ou esgotar o tema no âmbito da literatura jurídica mas apenas trazer as suas consequências para este estudo. A subsidiariedade aqui é o respeito pelo Estado pela livre iniciativa evitando criar empecilhos que dificultem ou inviabilizem a atividade econômica privada de forma desarrazoada ou desproporcional[11]. Assim, havendo como se atingir o objetivo social de duas formas, sendo uma menos restritiva a livre iniciativa e outra mais restritiva a escolha estatal deve necessariamente recair sobre a primeira. Assim, se por um lado a subsidiariedade impõe ao Estado desempenhar um intervencionismo secundário, ou seja, fragmentado e reservado à atuação excepcional em alguns setores que entende serem necessários, ao mesmo tempo é um princípio justificador do intervencionismo estatal na atividade econômica, mas sob um viés de supletividade. Como explica JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, o princípio pode ser interpretado ou utilizado como argumento para conter ou restringir a intervenção do estado. Postula-se, necessariamente, o respeito das liberdades dos indivíduos, dos grupos, desde que não implique determinada concepção das funções do Estado na sociedade[12].

Neste delineamento normativo as empresas estatais são sociedades que integram a dinâmica da atividade produtiva, solidárias com o capital privado, e que reproduzem o formato

[11] Neste sentido afirma FONSECA: "incumbe-lhe (ao Estado), antes de mais nada, estar ao serviço da sociedade, em vez de procurar assumir a direção de seus rumos. Incumbe-lhe viabilizar e compatibilizar a primordial atividade e iniciativa individuais." (FONSECA. João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5.ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 267).

[12] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 72.

organizacional e a gestão condizente com a das empresas privadas, se submetem, por outro lado, à relações sociais próprias do Estado, atuando como participantes do jogo de poder político e dependentes de um processo decisório diverso do das sociedades privadas. Isso significa que, muito embora sejam beneficiadas com recursos e vantagens distintos dos da empresa privada, o que lhe confere certa vantagem, ao mesmo tempo sofrem limitações de caráter extra econômicos, que muitas vezes colocam em xeque os interesses imediatamente empresariais justamente para atender as necessidades da sociedade como um todo.

Porém, deve-se levar em conta que o equilíbrio dessas funções não é uma tarefa fácil, mas sim complexa. Considerando-se a fragilidade dos instrumentos que garantem a *accountability* e as características próprias do próprio processo político brasileiro, torna-se complicada a elaboração de normas objetivas que possam direcionar esforços no sentido de compatibilizar as duas faces das empresas estatais.

Entretanto, a busca pela compatibilização dos interesses das estatais com os objetivos macroeconômicos se dá por meio de estratégias de controle e tentativa de mudança do ambiente institucional. Esta tarefa, apesar de complexa, é inadiável sob o ponto de vista constitucional e o que se procurou fazer com a Lei 13.303/2016.

Para uma maior compreensão dos limites e possibilidades desta tarefa deve-se analisar a questão sob uma perspectiva de Direito e Economia, entendida esta expressão no contexto definido por CALABRESI[13], como o uso da teoria econômica para explicar a realidade jurídica, mas sem descartá-la sob a premissa da irracionalidade. Deste modo, a próxima seção tratará da análise das empresas estatais sob a premissa da teoria econômica.

[13] Nesse sentido afirma CALABRESI: "What I call Law and Economics instead begins with an agnostic acceptance of the world as it is, as the lawyer describes to be. It then looks to wheter economic theory can explain that world, that reality."(CALABRESI, Guido. The Future of Law and Economics: essays in reform and recollection. New Haven: Yale University Press, 2016, p.3)

As Empresas Estatais na Teoria Econômica

Como já indicado na introdução, em algum momento do processo de desenvolvimento capitalista (em praticamente todos os países) houve a participação direta do Estado na produção sob a forma jurídica da criação de empresas estatais.

Ocorre que para a teoria econômica ortodoxa as empresas estatais são vistas como uma patologia, verdadeira falha de mercado (ATKINSON e STIGLITZ, 1980) que deve ser aceita apenas em situações excepcionais. Existem diversos modelos econômicos que tratam da questão sob a perceptiva teórica. Para ilustrar o argumento será utilizado um modelo recente, que foi desenvolvido por SHLEIFER e VISHNY (1994), que segue a linha teórica da Escola de Chicago e, portanto, a linha dominante da teoria microeconômica atual. Os autores constroem um modelo com dois jogadores ativos, que são o político e o dirigente da empresa estatal e um jogador passivo que é o Tesouro Estatal, ou seja, os recursos públicos disponíveis. No modelo básico político quer-se aumentar o apoio político através de empregos desnecessários na empresa estatal, o que afeta negativamente o gestor da empresa estatal, que quer maior subsídio via recursos públicos, aumentando o lucro antes do gasto com empregos desnecessários, mas incorrendo no custo político de acessar o subsídio do Tesouro Estatal. Posteriormente, os autores trabalham com a hipótese de o gestor objetivar ter maior controle sobre o fluxo de caixa e menor dependência dos recursos estatais.

O modelo em questão produz diversas proposições destacando-se que o gestor da empresa estatal que busca a eficiência terá que incorrer em custos políticos através da oferta de empregos desnecessários para garantir controle sobre o fluxo de caixa da companhia. Ainda, quando se consegue limitar corrupção em empresas lucrativas, a corporitização leva à reestruturação da empresa visando a eficiência, já que os gestores querem controlar o fluxo de caixa para não incorrer em custos políticos. Os políticos, por

sua vez, sabendo da dificuldade na criação de empregos desnecessários, não querem incorrer no custo político de subsidiar a empresa estatal.

Este estudo apesar da partir da conclusão típica da economia ortodoxa pela ineficiência da empresa estatal, em função da troca de acesso a vantagens como subsídios e recursos públicos que evitam a busca da eficiência pela gestão por apoio político através do desvio de recursos via empregos desnecessários ou outros expedientes, é capaz de trazer uma solução para mitigar esta ineficiência. A solução passa pela alteração da função/utilidade do gestor, que passaria a visar não depender de recursos públicos, e uma mudança do ambiente institucional, com uma regra válida e eficaz que impeça a oferta de vantagens pela empresa estatal aos políticos. Além disso, uma mudança cultural nos modelos mentais dos gestores das empresas estatais seria necessária. Apesar da complexidade da tarefa, se observará nos próximos tópicos como a Lei das Estatais pode ser vista como um instrumento útil nesta direção.

Existem diversos outros estudos na teoria econômica que apontam características negativas das estatais. Para fins deste estudo pode-se enumerar as principais características negativas das empresas estatais apontadas pela literatura econômica: i) expansão da atuação em detrimento da lucratividade; ii) a política de preços desvinculada da maximização do lucro; iii) o excesso de investimentos em função de menores restrições orçamentárias e iv) a influência política em geral.

A respeito da atuação voltada para a expansão em detrimento da lucratividade a literatura costuma partir da premissa de que o gestor da empresa estatal tem menor pressão financeira para investir já que a disciplina do mercado de capitais ou do mercado de dívida é substituído pelo acesso a recursos públicos. Assim, o endividamento bancário e de *equity* pode ser expandido via acionista controlador. Neste contexto, o gestor da empresa estatal estaria disposto investir além do nível ótimo para uma empresa privada. Este fato é catalisado pela busca por sobrevivência da

empresa estatal, que pode ser atingida com a expansão do seu objeto e da sua atividade ou mesmo pelo aumento de cargos em função do maior número de atividades. Afinal, no caso da privatização ou da perda de relevância de uma das atividades desempenhadas as restantes podem ser utilizadas para justificar a manutenção da empresa estatal. Ainda, o maior número de empregados também é uma fonte de poder e relevância da empresa estatal. Portanto, a expansão para atividades novas, mesmos que com baixa lucratividade, é mais comum em empresas estatais do que em empresas privadas[14]. Na perspectiva das empresas privadas esta expansão pode ser tida como uma escolha ineficiente.

Quanto à política de preços desvinculada da maximização do lucro ela também está diretamente relacionada com a menor restrição orçamentária em função da possibilidade de acessar investimentos sem os rigores do mercado de capitais ou do mercado financeiro por meio de transferências de recursos públicos. A menor pressão e o menor interesse na maximização do lucro pode fazer com que as empresas estatais adotem preços mais baixos que os que maximizariam os seus lucros, seja pelos efeitos positivos na expansão ou mesmo por ganhos políticos com os preços mais baixos. A prática não necessariamente caracterizaria o ilícito concorrencial de preços predatórios, mas pode ser vista como anticompetitiva[15]. Apesar dos ganhos do consumidor momentâneos com preços mais baixos, a redução da lucratividade é uma ineficiência na gestão da empresa estatal. A situação ficaria mais grave no caso de a empresa estatal vir a precisar de acesso a recursos públicos para investimentos em função do menor retorno dos investimentos ou de serem produzidos efeitos anticoncorrenciais negativos.

O excesso de investimentos das empresas estatais já apontado acima por si só pode ser considerado como uma característica negativa

[14] Neste sentido ver: SAPPINGTON, David E. M.; SIDAK, Gregory. Incentives for Anticompetitive Behavior by Public Enterprises. **Review of Industrial Organization**, 22, pp. 183-206, 2003.

[15] Neste sentido ver: SAPPINGTON, David E. M.; SIDAK, Gregory. Are Public Enterprises the Only Credible Predators? **University of Chicago Law Review**, 67, pp. 271-292, 2000.

das empresas estatais pela teoria econômica. Afinal, o investimento em excesso, desvinculado da rentabilidade e da composição ótima entre dívida e *equity* acaba por gerar desequilíbrios.

Já a influência da política em geral pode gerar diversas situações em que há pagamentos pelas empresas estatais a agentes políticos, seja através de propinas ou de favores em geral como empregos desnecessários. Ainda, a escolha de gestores sem capacidade adequada e/ou não alinhados com o interesse da companhia, mas sim com objetivos políticos é fruto de grandes ineficiências.

Existe uma segunda fonte de ineficiência das empresas estatais que diz respeito ao tipo de controle inerente a uma empresa estatal: majoritário ou totalitário. O controle majoritário pode ser entendido como aquele exercido por um acionista que detém a maioria do capital social votante e o totalitário ocorre quando o acionista controlador possui a quase totalidade do capital social votante. Neste contexto os gestores representam diretamente o acionista controlador e o acionista minoritário passa a correr o risco de ser expropriado. Assim, apesar da estabilidade do controle ter efeitos positivos em termos de governança corporativa existem alguns problemas típicos: i) entrincheiramento da gestão, ii) projetos de estimação (*pet projects*), iii) vantagens exacerbadas para os gestores e iv) outras formas de extração de ganhos privados pelo controlador.

O entrincheiramento da gestão manifesta-se pela atuação dos gestores visando aumentar o seu valor para a firma e assim direcionando os investimentos a serem realizados para esta finalidade[16]. Deste modo, os gestores evitam investimentos que possam facilitar a substituição de uma determinada tecnologia ou

[16]Neste sentido tem-se o entendimento de SHLEIFER & VISHNY: "We show that a manager has an incentive to invest the firm's resources in assets whose value is higher under him than under the best alternative manager, even when such investments are not value ex ante value-maximizing. Because such investments are most valuable under the current manager, we refer to them as manager-specific. As a result of such entrenching investments, replacing the manager is costly and he can extract from shareholders higher compensation, in form of a higher salary or greater discretionary behavior." SHLEIFER, Andrei: VISHNY, Robert. Management entrenchment: the case of manager specific investments. **Journal of Financial Economics**, 25 (1), pp. 123-124, 1989.

modo operacional da firma que torne as capacidades técnicas ou a sua atuação menos relevante.

A realização de projetos de estimação (*pet projects*) diz respeito a escolha de projetos pelos gestores de acordo com a sua preferência pessoal e não em função da maior lucratividade dos projetos desenvolvidos. Assim, um gestor pode escolher a especificação técnica de determinado produto por exemplo em função das suas preferências pessoais.

As vantagens exacerbadas para os gestores incluem quaisquer benefícios privados como pacotes de remuneração dos gestores e outras vantagens pecuniárias que são extraídas dos acionistas minoritários que não participam da gestão.

Por fim, as outras formas de extração de ganhos privados pelo controlador podem estar relacionadas ao direcionamento da atividade da companhia de acordo com o interesse do controlador, por exemplo, encaminhando a firma a fazer escolhas que maximizem as preferências do controlador, mesmo que não se trate da decisão mais lucrativa.

Em resposta a estes problemas pode-se pensar, incialmente, em duas soluções opostas: a privatização e a defesa do controle estatal em função de benefícios sociais ou questões estratégicas. Esta visão, entretanto, é limitada, já que se tem um conjunto de soluções intermediárias, uma vez que é possível falar em intensidades diferentes de privatização ou de controle estatal. Aqui vamos destacar a corportitização.

Desafios e Características da Corporitização delineada na Lei das Estatais

A Lei das Estatais, ao regulamentar o artigo 173 da Constituição Federal de 1988, é dividida em duas partes: a primeira que trata da governança corporativa e a segunda que trata do processo de licitação das empresas estatais. Para fins deste artigo nos interessa a primeira parte, que busca impor a adoção de práticas

de governança corporativa nas empresas estatais, incluindo-se a profissionalização da sua gestão, e o fim das interferências indevidas do controlador estatal na gestão da companhia. Isso pode ser comprovado tanto pelos debates que envolveram a aprovação da legislação, quanto pela constatação de que em grande parte as disposições da lei repetem os cadernos de governança para empresas estatais do IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa) e o Programa Destaque em Governança de Estatais da BM&F Bovespa. As normas de governança corporativa, mencionadas expressamente na exposição de motivos da Lei das Estatais, além de princípios gerais como transparência, responsabilidade corporativa, prestação de contas (*accountability*) e equidade trazem práticas específicas de governança, sendo que algumas tonaram-se obrigatórias com a referida norma legal para as empresas estatais.

A adoção obrigatória de normas de governança corporativa através da Lei das Estatais corresponde a um processo de corporitização mandatória, trazendo uma alternativa à privatização e uma solução que pode vir a compatibilizar a manutenção do controle estatal com uma gestão mais eficiente da empresa estatal.

A corporitização procura fazer com que a empresa estatal se comporte no mercado como uma empresa privada, em especial nas relações entre o acionista estatal majoritário e os acionistas minoritários, mas também com os demais *stackeholders*, através de boas práticas de governança corporativa.

Existem diversos mecanismos e instrumentos de corporitização na Lei das Estatais (Lei 13.303/16) que tem o potencial de reduzir/mitigar os problemas apontados anteriormente, vamos enumerar e analisar rapidamente alguns deles.

O primeiro diz respeito aos impedimentos e restrições a nomeação de agentes políticos para os cargos no Conselho de Administração, Conselho Fiscal e Diretoria, previsto nos artigos 17 e 26 da Lei 13.303/16, bem como a criação do Comitê de Elegibilidade exigida pelo artigo 10 da mesma lei. Estes dispositivos objetivam

garantir a profissionalização da gestão das empresas estatais através da criação de obstáculos à escolha dos administradores e gestores em função de apoios ou barganhas políticas. É evidente que as regras postas nos artigos acima citados não têm a capacidade de, por si só, evitarem escolhas puramente políticas e descompromissadas com as reais competências dos gestores escolhidos. Por outro lado, estas regras caminham na direção correta da maior profissionalização da gestão e na restrição a trocas políticas pouco transparentes que podem consubstanciar atos de corrupção.

Um segundo instrumento é a Criação Obrigatória do Comitê de Auditória Estatutária, do Código de Conduta e Integridade e do setor de *compliance* nos termos do artigo 9º da Lei das Estatais. Estas estruturas visam impor uma cultura de integridade na empresa estatal. Para tanto, esses documentos e o Comitê de Auditória Estatutária devem ser efetivos e integrar de forma ótima a cultura da empresa. Caso estes documentos e as estruturas de auditoria e *compliance* não tenham aplicação real a cultura de integridade não se desenvolverá. Mas, a criação obrigatória das estruturas e documentos é um passo necessário, mesmo que não suficiente *de per si*, na construção desta cultura de integridade.

Outro mecanismo é a Política de Dividendos e de Divulgação de Informações prevista no artigo 8º da Lei 13.303/16. A existência da Política de Dividendos com um mínimo de perenidade objetiva evitar a contaminação das decisões financeiras da companhia pelas necessidades momentâneas do Tesouro, o que implicaria em expropriação dos minoritários. Ainda, a Política Divulgação de Informações objetiva conferir padrões mínimos de transparência, permitindo um melhor monitoramento da atuação do acionista controlador e protegendo o acionista minoritário.

O quarto instrumento é a Carta Anual de Governança, Política de Partes Relacionadas e Carta Anual de Aderência a Políticas Públicas com índices e dados objetivos também tornados obrigatórios no artigo 8º da Lei das Estatais. Estes marcos são necessários para a consolidação de práticas de governança

corporativa. Já a efetividade dos mesmos depende da incorporação efetiva das práticas de governança na cultura da companhia.

Um quinto instrumento é a necessidade de avaliação objetiva dos Administradores e membros de comitês nos termos do artigo 13 da Lei das Estatais. Aqui busca-se reforçar a necessidade da eficiência na gestão da companhia como um objetivo e uma obrigação dos gestores.

Por fim, tem-se a presença obrigatória de membros independentes no Conselho de Administração e Comitê de Auditória Estatutário exigida pelos artigos 22 e 25 da Lei das Estatais. A presença dos acionistas minoritários nestes órgãos é uma proteção dos minoritários contra a expropriação de ganhos privados pelo acionista majoritário. Entretanto, apenas a dinâmica destes órgãos de forma a respeitar os interesses dos minoritários será capaz de evitar a expropriação pelo controlador.

Estes são os instrumentos mais relevantes da Lei 13.303/16 e procuram atacar os principais pontos elencados anteriormente como problemáticos pela teoria econômica nas empresas estatais.

Conclusão

A tarefa constitucional de compatibilizar a relação da empresa estatal com o acionista controlador com a busca por eficiência é complexa, mas inadiável, no projeto constitucional de 1988. Um dos instrumentos constitucionalmente previstos no artigo 173 da Constituição para esta tarefa é o estatuto jurídico da empresa estatal. Em 2016, após um longo período de espera, a norma em questão foi editada e adotou como estratégia para esta compatibilização a corporitização. Trata-se de processo que, para ser efetivo, depende de uma mudança cultural e institucional ainda em andamento e, portanto, sem resultados definitivos.

A compreensão e mesmo a concretização real do processo de corporitização delineada na Lei das Estatais depende de fatores adicionais que estão fora da realidade normativa, de modo que a

teoria econômica pode ser de grande auxílio neste ponto. Assim, foi necessária uma abordagem de Direito e Economia.

A teoria econômica permite definir de forma mais clara os efeitos negativos usualmente presentes na gestão das empresas estatais. Trata-se de dado bastante relevante para verificar se existem instrumentos suficientes na Lei das Estatais para superar ou mesmo mitigar as principais fontes de ineficiência presentes nas empresas estatais brasileiras. Deve-se observar também que os problemas de governança das empresas estatais podem derivar da sua natureza estatal ou mesmo do controle majoritário ou totalitário inerente ao controle estatal. Foram identificados através de revisão de literatura as principais preocupações da teoria econômica com as empresas estatais e o controle totalitário/majoritário .

Após, verificou-se que o processo de corporitização da Lei das Estatais trouxe instrumentos que, em tese, podem mitigar ou evitar a quase totalidade dos problemas elencados. Entretanto, apesar de mecanismos adequados, o seu funcionamento depende do contexto institucional que se quer modificar. Os processos de mudança institucional são lentos e difíceis, mas caso a imposição da Lei das Estatais seja feita de forma a concretizar a mudança pretendida tem-se a possibilidade de que seja produzido um contexto capaz de equilibrar a relação com o controle político da empresa estatal e a busca por eficiência típica dos padrões de mercado. A próxima década de vigência da Constituição Federal de 1988 nos mostrará se a Lei Estatais foi capaz de iniciar este processo de mudança institucional.

Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997

BLACK, Bernard S.; KRAAKMAN, Reiner. A Self-Enforcing Model of Corporate Law. **Harvard Law Review**, 109 (8), pp. 1911-1982, 1996.

BLACK, Bernard S.; COFFEE JR, John C.. Hail Britannia?: investor behavior under limited regulation. **Michigan Law Review**, 92 (7), pp. 1997-2087, 1994

BORTOLOTTI, Bernardo; FACCIO, Mara. Government Control of Privatized Firms. **Review of Financial Studies**, 22 (8), pp. 2907-2939, 2009

BOROTOLOTTI, Bernardo; FANTINI, Marcella; SNISCALCO, Domenico. Privatization Around the World: evidence from panel data. **Journal of Public Economics**, 88 (2003), pp. 305-332, 2003.

BRUTON, Garry D. et alli. (2015) State Owned-Enterprises Around the World as Hybrid Organizations. **The Academy of Management Perspectives**, 29 (1), pp. 92-114

CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics**: essays in reform and recollection. New Haven: Yale University Press, 2016.

DEMSETZ, H.; LEHN, K. The Structure of Corporate Ownership: causes and consequences. **Journal of Political Economy**, 93 (6), pp. 1155-1177, 1985.

FONSECA. João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5.ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2004.

GENTOT, Michel. Un Double Principe de Subsidiarité. R**evue Française d'Administration Publique**, vol. 61, nº 1, 1992, pp. 151-154.

GILSON, Ronald J. Controlling Shareholders and Corporate Governance: complicating the comparative taxonomy. **Harvard Law Review**, 119 (6), 1641-1679, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988**.11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. Interesse Público, ano 9, n. 43, 2007, pp. 19-40.

LANDONI, Matteo. Corporatization and internationalization of state-owned enterprises: The role of institutional intermediaries. **International Journal of Public Sector Management**, Vol. 31 Issue: 2, 2018, pp. 221-240.

LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. Law and Finance. **Journal of Political Economy**, 106 (6), 1113-1155, 1998.

LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio. The Benefits of Privatization: evidence from Mexico. **Quarterly Journal of Economics**, 114, pp. 1193-11242, 1999.

LAZZARINI, Sergio G. **Capitalismo de Laços**: os donos do Brasil e suas conexões. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2011.

MILHAUPT, Curtis J.; ZHENG, Wentong. Beyond Ownership: state capitalism and the Chinese Firm. **The Georgetown Law Journal**, 103, pp. 665-722, 2015

MILHAUPT, Curtis J.; PARGENDLER, Mariana. Governance Challenges of Listed State-Owned Enterprises Around The World: national experiences and a framework for reform. **Cornell International Law Journal**, 50 (3), pp. 473-542, 2017

MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. **Law & Capitalism**: what corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world. Chicago: Chicago University Press, 2008

ROE, Mark J.. **Political Determinants of Corporate Governance: political context, corporate impact**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

ROSA, Jean-Jacques & PÉRARD, Edouard. When to privatize? When to nationalize? A competition for ownership approach. **Kyklos**, 63(1), p. 110-132, 2010.

SAPPINGTON, David E. M.; SIDAK, Gregory. Incentives for Anticompetitive Behavior by Public Enterprises. **Review of Industrial Organization**, 22, pp. 183-206, 2003.

SAPPINGTON, David E. M.; SIDAK, Gregory. Are Public Enterprises the Only Credible Predators? **University of Chicago Law Review**, 67, pp. 271-292, 2000.

SHLEIFER, Andrei: VISHNY, Robert. A Survey of Corporate Governance. **The Journal of Finance**, 52 (2), pp. 737-783, 1997.

SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. Politicians and Firms. **Quarterly Journal of Economics**, 109 (4), pp. 995-1025, 1994.

SHLEIFER, Andrei: VISHNY, Robert. Management entrenchment: the case of manager specific investments. **Journal of Financial Economics**, 25 (1), pp. 123-7140, 1989.

SHLEIFER, Andrei: VISHNY, Robert. Large Shareholder and Corporate Control. **Journal of Political Economy**, 94 (3), pp. 461-488, 1986.

TONINELLI, Pier Angelo (ed). **The Rise and Fall of State-Owned Enterprise in the Western World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ZINGALES, Luigi. What Determines the Value of Corporate Votes. **Quarterly Journal of Economics**, 110, pp. 1074-1073, 1994a.

ZINGALES, Luigi. The Value of the Voting Right: a study of the Milan Stock Exchange experience. **The Review of Financial Studies**, 7 (1), pp. 125-148, 1994b.

WILLIANSOM, Oliver E.. Public and Private Bureaucracies: a transactions cost perspective. **Journal of Law Economics and Organization**, 15(1), pp. 306-342,1999.

9

A Ordem Econômica da Constituição de 88, soberania e dependência: análise do ponto de vista da ciência, tecnologia e inovação

João Guilherme Pereira Chaves [1]

Introdução

A ordem econômica constitucional diz respeito ao conjunto de regras estabelecidas pelo constituinte com uma diretriz específica para a economia de um projeto de Nação. Trata-se, dessa maneira, de um plano. No artigo 170 da Constituição da República de 1988, norma de característica programática, fica claro os princípios que o constituinte acentua para a ordem econômica brasileira, não sem algumas tensões entre esses princípios. O objetivo do presente artigo é, desse modo, apresentar a tensão entre alguns desses princípios, analisando uma das finalidades da ordem econômica: o desenvolvimento da Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I).

A Constituição de 88 deve ser interpretada como um todo. Ainda que o desenvolvimento tecnológico não apareça no título "Da Ordem Econômica e Financeira", sua centralidade na discussão econômica brasileira é clara. Constitucionalmente falando, o artigo

[1] Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa e mestrando em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Docente do curso de Direito da Faculdade Telêmaco Borba – FATEB. Advogado com ênfase em Direito Civil. Pesquisador cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisa no CNPq no grupo de Direito e Inovação da UEPG (informações do grupo disponíveis no site: http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2300478387095482). E-mail: jgpchaves@hotmail.com

219 da Carta apresenta esta preocupação. Além disto, a legislação acerca da propriedade industrial, direito de caráter indiscutivelmente econômico, assim como a Lei Federal da Inovação de 2004, dão o tom acerca da temática.

A preocupação tão aguda do constituinte com o desenvolvimento tecnológico brasileiro não apenas carrega uma finalidade de ampliação de produtos no mercado, por meio da inovação, com vistas ao aumento do consumo do brasileiro. Trata-se, ainda, de uma questão de política externa: o atraso tecnológico brasileiro é uma das âncoras que facilitam sua dependência de mercado externo. A soberania, por sua vez, não é princípio apenas da ordem econômica: é também princípio político do Estado Democrático de Direito, localizada no primeiro inciso no rol de diretrizes do artigo 1º da Constituição da República. É necessário conectar essas duas interpretações de soberania apresentadas pela Carta. Em uma economia globalizada e complexa, a soberania política do artigo 1º não existe sem a soberania econômica do artigo 170. A soberania é indivisível, afinal. A autonomia tecnológica brasileira é, portanto, essencial para a plena realização de um dos mais básicos princípios da República.

Diante disso, analisam-se os princípios da ordem econômica constitucional pelo prisma da C,T&I, mantendo o foco principalmente no princípio da soberania, e tecendo breves comentários aos princípios da busca do pleno emprego, do desenvolvimento regional e do tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte. A autonomia tecnológica possui intima relação com o desenvolvimento regional, visto ser aquela uma maneira de incentivar o empreendedorismo regional de acordo com as necessidades de produtos de uma região. Além disso, as empresas de pequeno porte, cujo tratamento diferencial é um dos nortes da ordem econômica, são, pela sua própria natureza, as que mais inovam tecnologicamente e, portanto, as que mais impulsionam o desenvolvimento tecnológico. Quanto ao pleno emprego, o Estado atrai empresas transnacionais, interessado no seu estabelecimento

em seu território, fomentando o emprego de seus nacionais, levando simultaneamente a manutenção da condição de dependência externa, visto que a empresa transnacional possui a tecnologia para o produto e produção que o país receptor não possui. A chave é a busca pela autonomia, gerando uma situação de interdependência.

Para a efetividade da proposta da pesquisa, estrutura-se o trabalho da seguinte maneira: o primeiro capítulo coloca a ordem econômica constitucional em foco. É necessário demonstrar o caráter global da leitura constitucional neste sentido, demonstrando que a questão econômica deve ser lida em conjunto com os outros tópicos constitucionais. Ainda, demonstra-se como a Constituição da República de 1988 é fruto de um contexto político próprio, desaguando tal contexto na ordem econômica. O segundo ponto demonstrará o papel dos direitos de propriedade intelectual para a ordem econômica brasileira, interpretando-os como uma ferramenta para estabelecer as bases de uma sociedade criativa, subordinando-se ao valor da criatividade. O terceiro ponto, caminhando para uma conclusão, analisa os princípios da ordem econômica junto quanto a C,T&I, pela leitura da teoria da dependência econômica.

A pesquisa se deu por fontes secundárias. Trata-se de análise teórica a respeito da dependência econômica, assim como demonstração de caso concreto por meio de notícias de portais de jornalismo nacionais. Utilizou-se como material de coleta: livros, artigos científicos, notícias e legislação acerca do tema. Com isso, espera-se ao fim demonstrar, de modo geral, a importância da C,T&I para a ordem econômica constitucional, assim como o papel da ordem nas proposições da Carta como um todo. A Ordem Econômica e Financeira não apenas regula o meio pelo qual o Estado se coloca frente à sociedade civil no exercício da economia, mas também cria diretrizes que possibilitam a efetiva realização dos princípios políticos da Constituição da República de 1988.

1. A importância da C,T & I na Ordem Econômica da Constituição de 88

A Constituição da República de 1988 é, por excelência, um complexo de regulações fortemente diretivas, a fim de que as garantias nela contida sejam efetivadas pelo Estado em suas diversas formas. Não obstante possuir um vasto composto de normas de natureza orgânica (aquelas que criam órgãos e delimitam suas funções), sua grande finalidade, como acordo político, encontra-se em suas normas de caráter teleológico, finalístico. Uma vez a Constituição sendo compreendida como a direção política de uma nação, todos os tópicos que se inserem em seu corpo normativo deverão ser lidos em conjunto. Assim, ao se analisar a "Ordem Econômica e Financeira", objeto nevrálgico deste texto, não se pode deixar de lado qual a direção que a Carta exprime como um todo.

A noção de "ordem econômica", foco do estudo do Direito Econômico, é um fenômeno moderno. Trata-se de criação do começo do século XX, quando certas problemáticas do Estado Liberal originado pelas Revoluções burguesas do século XVIII começaram a vir à tona. Pela sua própria composição, o Estado Liberal nessa época possuía a característica de divisão completa entre o Estado e a sociedade civil, sob justificativa de derrubada do autoritarismo do Estado monárquico europeu. Foi a partir da ascensão da classe burguesa que alguns critérios da atividade mercantil passaram a se tornar requisitos mínimos para a independência do indivíduo frente ao Estado, como a livre iniciativa, livre contratação e livre circulação. A sociedade civil e o Estado se dividem, fazendo com que o Estado tenha apenas função de segurança e defesa da *res publica*[2]. Tal conjuntura, significava um Estado alheio a direção econômica.

Ocorre que a economia baseada nas ideias de autorregulação por oferta e demanda se demonstrou ineficaz frente à crise da Bolsa de

[2] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 13ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 14.

Nova Iorque de 1929. Essa crise foi desencadeada pelo enriquecimento dos Estados Unidos da América com o pós-Guerra Mundial, possuindo a tradicional política de se abster do domínio econômico, criando tarifas protecionistas com receio da concorrência do Canadá e Japão. O crescimento da produção industrial norte-americana gerou produção em massa devido ao desenvolvimento da indústria de consumo. Trustes e *holdings* dominaram a economia americana, bastante exemplificado pelo fato da General Motors e Ford possuírem 80% da indústria automobilística mundial[3].

A situação americana pontua bem a divisão contratualista de Estado e sociedade civil: o governo, no que diz respeito ao fato econômico, apenas atuava em problemas aduaneiros, recusando-se a intervenção interna. Deste raciocínio, o governo passou a não frear o aumento da produção que ocorrerá entre 1925 e 1929, sem se preocupar com o aumento de consumo. O resultado imediato foi a cessação da mobilidade de capitais. O mundo inteiro sofreu os efeitos da Crise, demonstrando a situação de economia estritamente globalizada. A crise de 1929 imediatamente gerou efeitos na maneira com que os Estados Nação se organizavam economicamente. A República de Weimar, anterior à crise de 29 já havia apresentado uma Constituição com preocupação da ordem econômica focada na justiça social, muito por influência de pensadores socialistas que atuaram diretamente na construção da Carta, como Rosa de Luxemburgo. Além disto, a Constituição Mexicana, também anterior à Grande Depressão, já havia apresentado normas de Direito do Trabalho, afetando diretamente a liberdade econômica[4]. Do começo do século XX, portanto, criam-se as bases de um Estado atuante na economia, entendendo a intervenção do Estado na vida econômica como um redutor de riscos tanto para os indivíduos, em regime de trabalho ou como consumidores, quanto para as empresas.

---

[3] BAGNOLI, Vicente. Direito econômico. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 12.

[4] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 13ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 41.

Vê-se, na história republicana brasileira, que a Constituição de 1891 possuía aspectos completamente liberais na economia. Não obstante, a primeira Constituição brasileira pós Crise de 1929, a Constituição de 1934, já apresentava regimento focado na regulação da ordem econômica, apresentando no Título IV da Carta a "Ordem Econômica e Social"[5]. Desde então, ainda que tivesse havido mudança no contexto político pela constante alternância de governos ao longo do século XX, a "ordem econômica" sempre apareceu nas Constituições brasileiras, sempre focada na proteção do mercado com bases na justiça social.

Entende-se "ordem" como um arranjo que conduza a resultados pré-determinados. A "ordem econômica", portanto, baseia-se no que se espera da economia brasileira a um nível nacional. Obviamente, visto que se trata de um conjunto de regras que partem do Estado, nota-se que o primeiro contexto do Estado Moderno, aquele de divisão completa entre a sociedade civil e o Estado, ao menos no que diz respeito ao âmbito econômico, caiu por terra, existindo uma interdependência.

Assim, o Estado atua no cenário econômico em áreas de interesse público (mitigando a livre iniciativa) e pune abusos do poder econômico (mitigando a livre concorrência). A "ordem econômica", portanto, significa tanto como o Estado atua na economia, assim como, do ponto de vista político, como essa atuação atingiria a direção desejada pela República Federativa do Brasil. Segundo Eros Grau, existe distinção entre a **ordem econômica do ser** e a **ordem econômica do dever-ser**[6]. O autor diz respeito às normas orgânicas da ordem econômica (como aquelas que definem os serviços públicos e os monopólios públicos, por exemplo) daquelas que estipulam um projeto de governo. Normas como a do artigo 173, apontam para

[5] BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 30 de maio de 2018.

[6] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 13ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 68.

regramentos específicos de como o Estado atuará diretamente na economia, enquanto normas como a do artigo 170 apresentam uma direção político-econômica baseada na ideologia que se busca organizar constitucionalmente por meio da Constituição[7].

Porém, seria ingênuo pensar que todo um conjunto de proposições relacionados a um plano de Estado estariam contidas apenas no título reservado à matéria econômica, sem levar em conta a Carta como um todo. Não existe divisão da ordem econômica com a ordem política. Dessa maneira, chama mais atenção para o presente trabalho as normas que são lidas no bojo do ordenamento jurídico econômico constitucional como um todo, não apenas aquelas contidas no título da Ordem Econômica e Financeira.

Questões como os fundamentos da República (Constituição da República, art. 1º), a maneira como se porta frente as relações internacionais (C.R., art. 4º), o conjunto de direitos fundamentais que atingem diretamente a atividade mercantil como a propriedade privada e a sua função social (C.R., art. 5º em diversos dos seus incisos), a competência da União em explorar alguns mercados em regime de monopólio (C.R., art. 24, X, XI e XII), além da competência do mesmo ente em elaborar planos nacionais para ordenação do desenvolvimento econômico do Estado (C.R., art. 24, IX), a proteção do meio ambiente (C.R., art. 225), entre outros pontos atingem diretamente a "ordem econômica" do país, e devem ser lidos em conjunto com as normas constitucionais apresentados nos artigos 170 e seguintes.

Nessa linha, cumpre apresentar o ponto de discussão do presente artigo: a Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I). A aproximação entre o desenvolvimento científico e tecnológico e o desenvolvimento econômico, na economia globalizada, é natural. O

---

[7] Os artigos dispõe os seguintes textos: Art. 173: "*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*". e Art. 170. *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...).*

reconhecimento disto pelo legislador da Constituição da República é claro pelo texto do artigo 219: "O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal". Vê-se que na conjuntura do nosso Estado, o mercado interno é patrimônio nacional, e, para tanto, a autonomia tecnológica do País é necessária.

Vê-se que o constituinte utiliza a palavra **desenvolvimento** ao invés de **crescimento**. Existe distinção entre ambas. Crescimento se refere ao aumento da renda e do Produto Interno Bruto do país, enquanto desenvolvimento implica uma mudança estrutural mais profunda, firmando-se com forças próprias. "Um processo auto-sustentado que leva a renda per capita a se elevar em um dado período" [8], usando a definição de Fábio Nusdeo. Assim, o crescimento é intrinsecamente instável, podendo ser alterado por fatores externos. Uma alta no preço externo do café ou da soja podem levar a um crescimento da economia brasileira, mas não significa que esse crescimento será estável. A redução do interesse externo pode ser o suficiente para reduzir o crescimento. Nessa linha, em leitura do artigo da Constituição citado acima, pode-se deduzir que o constituinte definiu a autonomia tecnológica como necessária ao **desenvolvimento**.

Infraconstitucionalmente, legislações referentes a matéria são claras ao pontuar o papel da Ciência, Tecnologia e Inovação como propulsores do desenvolvimento econômico. A Lei de Propriedade Industrial pontua em seu art. 2º que "A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante"[9]. A lógica da propriedade industrial, o monopólio de um

[8] NUSDEO, Fabio. Curso de economia: introdução ao Direito Econômico. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 353.

[9] BRASIL. Lei Nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em: 13 jul. 2015.

invento, modelo de utilidade, desenho industrial, marca e indicação geográfica, do ponto de vista do interessado na propriedade diz respeito a questões de potencialização de acumulação econômica, por meio de mercantilização de uma ideia. Do ponto de vista do Estado brasileiro, por sua vez, existe um interesse público: a concorrência entre indivíduos do mesmo setor, assim como, a publicidade que a Carta Patente ou o registro da propriedade industrial gera, permitem em conjunto o desenvolvimento tecnológico do país e, por sua vez, a independência econômica do mesmo.

Em conformidade com o texto da Lei de Propriedade Industrial, a Lei de Inovação brasileira (Lei Federal nº 10.973 de 2004) aponta no seu artigo 1º:

> Esta Lei estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País[10].

O texto constitucional e infraconstitucional demonstra claramente a preocupação do Estado brasileiro com a capacitação tecnológica e sua importância para o desenvolvimento produtivo regional do País. Em uma sociedade globalizada onde a economia mundial funciona em complexas redes, o atraso tecnológico de um país leva a meios produtivos menos eficientes e, principalmente, exportações menos complexas e mais focadas em produtos primários. O atraso tecnológico brasileiro levou a sua potencial dependência econômica, tema que será explorado ao fim do artigo. Nota-se que tal prognóstico já foi analisado no começo do século XX, em obras como a de Celso Furtado, que, analisando a transição da economia brasileira para um sistema industrial, afirma que

> (...) como nem sempre eram as linhas tradicionais de exportação as que se beneficiavam, poia a estrutura da procura externa se

[10] BRASIL. Lei Nº 10.973 de 2 de Dezembro de 2004. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em: 13 jul. 2015.

> havia modificado, houve fortes deslocamentos de fatores dentro da economia em beneficio da produção daqueles artigos que encontravam mercado no exterior[11]

A preocupação com a C,T&I fica clara. Assim, trata-se de tema nuclear na ordem econômica brasileira, sendo uma das suas diretrizes básicas. O desenvolvimento tecnológico brasileiro com diminuição do grande abismo de atraso tecnológico que afasta a nação das grandes potências econômicas, não apenas se apresenta como ferramenta para aumento do poder produtivo do Estado, com o aumento do consumo (pela maior variedade de bens em mercado) e facilitadores na oferta (aumento da produtividade por inovações no meio de produção), mas, também, se apresenta como maneira de efetivar o princípio da soberania da ordem econômica. Um Estado que não possui soberania econômica não pode ser considerado um Estado efetivamente soberano.

2. Os direitos de propriedade intelectual como intervenção estatal na vida econômica

Neste ponto discutir-se-á a importância do desenvolvimento tecnológico na economia globalizada, assim como o que significam os direitos sobre a propriedade intelectual nesta conjuntura. A autonomia tecnológica pregada pelo artigo 219 da Constituição da República é intensamente dependente das maiores fontes de pesquisa no Brasil, as universidades públicas. Dessa maneira, demonstra-se nesse tópico não apenas o papel da pesquisa, mas, também, o papel do Direito nesse contexto pelo meio do surgimento dos direitos de propriedade intelectual.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o conceito de inovação adotado pela legislação brasileira é um conceito específico, de

[11] FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. 24. ed. São Paulo: Nacional, 1991, p. 206.

natureza comercial. O conceito, conforme apresentado pelo Manual de Oslo[12] descreve *inovação* como:

> (...) a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas.[13]

Inovação, portanto, apenas existe quanto o produto ou processo novo é colocado no mercado. Assim, inovação diz respeito a atuação conjunta de inventor e mercado. Como maneira de facilitar e incentivar essas relações, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece os direitos de propriedade intelectual como maneira de proteção e incentivo do mercado. Diz respeito a proteção de uma ideia, onde aquele reconhecido como seu proprietário possui o direito de monopólio, podendo ele mesmo usá-lo (sob pena de extinção da patente por *caducidade* conforme a Lei de Propriedade Industrial no artigo 78, III) ou licenciar e ceder para o uso da propriedade industrial por terceiro, que explorará a ideia no mercado. Nesse momento, ocorre a inovação.

Historicamente falando, o desenvolvimento recente da economia globalizada conforme destacado no primeiro ponto deste artigo, também traz a aparição de um mercado de "objetos intelectuais". Tornou-se discutida a noção de que seria possível criar um espaço de intercâmbio econômico para objetos ligados ao espaço cultural, artístico e técnico-científico, tomando a forma de mercadoria. A propriedade intelectual surge como regulação para

[12] Em 1990 foi criado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a primeira edição do Manual de Oslo, que tem o objetivo de orientar e padronizar conceitos, metodologias e construção de estatísticas e indicadores de pesquisa de P&D de países industrializados.

[13] ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO. Manual de Oslo: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3. ed. Brasilia: FINEP, 2005, p. 55. Disponível em: <http://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017

esse espaço[14]. A propriedade intelectual, portanto, é a propriedade concedida pelo Estado sob um bem imaterial. Além disto, os bens imateriais passam a possuir valor econômico altíssimo, razão essa de se tornar objeto de preocupação da ordem econômica.

O direito à propriedade intelectual, pela sua própria natureza, não é um direito absoluto, não podendo por sua vez ser considerado um direito natural. Direito fundamental é ser considerado inventor ou criador. Explorar a invenção, criação, desenho industrial, ou qualquer outra forma de propriedade intelectual, em monopólio, não é direito fundamental. Assim, o que propulsiona o Estado a entregar o monopólio de exploração de uma ideia não diz respeito apenas à proteger a patente de invenção ou modelo de utilidade, mas, antes, em conformidade com as palavras de Marcos Wachowicz, remunerar o inventor em conjunto a promoção da atividade inventiva; a viabilização do avanço tecnológico; propiciar a transferência de tecnologia; e incentivar a capacitação tecnológica[15]. Trata-se de uma ferramenta de direção da ordem econômica. O crescimento econômico que o constituinte espera não vem apenas da proteção patentaria, mas, sim, da autonomia tecnológica e da inovação.

A intervenção do Estado na vida econômica, criticada por alguns, acaba sendo ainda mais prudente quando se discute a propriedade intelectual e sua consequente propagação da atividade tecnológica por meio do interesse individual das firmas. Em consonância com Eros Grau, a intervenção do Estado se apresenta como um redutor de riscos para os indivíduos e as empresas, desenvolvendo um suposto princípio de segurança, aumentando a

---

[14] WACHOWICZ, Marcos; SASS, Liz Beatriz. O direito autoral como propulsor da diversidade cultural: falácias e desafios In WACHOWICZ, Marcos (org.). Direito autoral & economia criativa. Curitiba, UFPR: 2015, p. 155. Disponível em:

http://test.artneo.com.br/pdf/direito_autoral_e_economia_criativa_ebook.pdf. Acesso em: 24 de agosto de 2018.

[15] WACHOWICZ, Marcos. Sistema de proteção da propriedade intelectual: os impasses para a promoção do desenvolvimento e da inovação. Revista Jurídica do Cesuca. v.1, n.1, jul/2013. Disponível em: ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/download/385/185/. Acesso em: 24 de agosto de 2018., p. 155.

possibilidade de acumulação das empresas sem grande risco[16]. É fato que os direitos de propriedade intelectual são um obstáculo estatal no livre mercado, visto que ideias não são monopólio de indivíduos, e, sim, da sociedade como um todo. A diferença dos direitos de propriedade intelectual de outros direitos reais, como a vigência temporal limitada, são demonstrações pelo legislador que existe aí realmente uma intervenção estatal que cria um direito por uma razão, visto que não tem caráter natural.

Dessa maneira, o Estado se vê obrigado a ver direitos de propriedade em concepções intelectuais, como as ideias tecnológicas, para estimular o interesse empresarial na exploração. Não apenas interessa o estimulo da concorrência, como a diminuição de segredos industriais como forma de defender mercado: protegendo uma tecnologia por meio de patente, o inventor não se vê lesado no momento em que essa patente será publicizada. Afinal, para a proteção *erga omnes* é necessário que as características da patente sejam colocadas à público[17]. Dessa maneira, a pesquisa que deu resultado ao objeto da proteção estará disponível para interessados e poderá ser fomentada simultaneamente ao interesse da iniciativa privada na proteção da exploração da propriedade intelectual. Para o Estado, significa propulsionar a autonomia tecnológica e a cultura. Para a iniciativa privada, significa redução de risco e aumento da oferta para aumentar o poder de concorrência.

Não se pode, também, perder de vista como o Estado se coloca do ponto de vista comercial externo. A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, o cenário internacional de comércio se desenvolveu em um complexo negocial, criando-se diversos órgãos e pactos por meio de fontes de Direito Internacional. Naturalmente, não seria diferente com a propriedade intelectual, preocupação bastante

[16] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 13ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 33.

[17] BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 82.

difundida no mundo ocidental. A criação da OMC acarretou formas mínimas de proteção internacional a propriedade industrial, principalmente pelo TRIPs (Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), do qual o Brasil faz parte e inspirou marcos legais na década de 90 (Lei de Propriedade Industrial, Lei de Direitos Autorais e Lei do Software).

Assim, a preocupação com a inovação tecnológica não tem caráter apenas interno. Entre os princípios do TRIPs, encontra-se o princípio da promoção da inovação, transparência e difusão tecnológica, onde os Estados-parte devem se comprometer a criar proteção a propriedade intelectual com a finalidade de transferência e difusão de tecnologia, criando benefício tanto para o inventor quanto para o usuário do conhecimento tecnológico. A razão, de acordo com Marcos Wachowicz, é a ideia de que desenvolvimento tecnológico e desenvolvimento econômico se confundem, necessitando o comprometimento dos Estados em fomento para a pesquisa e sua transferência para o mercado[18].

A regulação brasileira de propriedade intelectual, modernizada de acordo com as tendências do mercado global nos anos 90, já possui duas décadas de existência. Não obstante, os efeitos da modernização frente aos índices de inovação tecnológica no país não parecem ter surtido muitos efeitos. Segundo os dados referentes ao índice de inovação dos países membro da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, publicados anualmente com o nome de *Global Innovation Index*, o Brasil, apesar de ser uma das dez maiores economias do mundo, possui o 64º lugar no que diz respeito a inovação tecnológica. Os dados são os mais recentes liberados pela OMPI, lançados em 2018[19]. Ainda que a inovação

[18] WACHOWICZ, Marcos. Sistema de proteção da propriedade intelectual: os impasses para a promoção do desenvolvimento e da inovação. Revista Jurídica do Cesuca. v.1, n.1, jul/2013. Disponível em: ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/download/385/185/. Acesso em: 24 de agosto de 2018., p. 132.

[19] WORLD INTELECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (Org.). **Global Innovation Index.** Geneva: Wipo, 2018, p. 22. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_gii_2018.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

tecnológica tenha alcançado papel central na ordem econômica brasileira a partir de 1988, o atraso tecnológico brasileiro não parece ser mitigado ao longo das últimas décadas.

Nota-se que 30 anos após a promulgação de uma Constituição que colocou a preocupação do desenvolvimento tecnológico como parte da ordem econômica, e 20 anos após a legislação infraconstitucional que faz eco as diretrizes da Organização Mundial do Comércio, ainda fica evidente a defasagem tecnológica brasileira, incapacitando sua autonomia tecnológica e comercial do ponto de vista externo. Acredita-se que a causa do fenômeno é mais profunda que obstáculos regulatórios, possuindo questões culturais e econômicas. No entanto, para o presente estudo, procura-se dar uma razão de cunho constitucional, como se verá no próximo ponto.

3. Princípios da Ordem Econômica e Financeira do ponto de vista do desenvolvimento tecnológico pela Ciência, Tecnologia e Inovação

Existem tensões claras entre os princípios da Ordem Econômica e Financeira do Estado brasileiro, conforme a Constituição da República de 1988. Aqueles que mais saltam os olhos são as noções liberais (livre concorrência, liberdade de iniciativa e propriedade privada) em choque com aqueles que mitigam sua expressão, sob pena de abuso de poder econômico (função social da propriedade, direitos consumeristas e trabalhistas, etc.). Dentro do corte material da temática aqui apresentada, podemos citar o próprio Direito de Propriedade Intelectual como um obstáculo ao livre mercado – situação da qual os legisladores das Leis de Propriedade Industrial e de Direitos Autorais se apresentam cientes, classificando a propriedade intelectual como uma propriedade especialíssima com limites temporais definidos.

O presente artigo, pela ciência do autor a respeito da complexidade de temática de ordem não apenas econômica como também política e filosófica, pretende estreitar sua análise aos

princípios dos incisos I, VII, VIII e IX, sendo esses os princípios relacionados a soberania nacional, a redução das igualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras que tenham sede e administração no país. Todos os princípios citados têm intima relação com a preocupação da ordem econômica e financeira com a ciência, tecnologia e inovação, sendo objetos da presente analise.

3.1 Os princípios da ordem econômica e a C,T&I: noções gerais

A Constituição é um sistema resultante de posturas ideológicas que muitas vezes são distintas, haja visto que traduzem uma proposição de Estado em um modelo democrático, onde o choque de forças é evidente. Porém, apesar do choque de forças político abrir vazão para o constituinte criar a norma constitucional, sendo um sistema de normas deve ter coerência, não se admitindo contradição[20]. Assim, novamente se faz um alerta: a Constituição não pode ser interpretada aos pedaços.

Portanto, quando se fala em princípios da ordem econômica, os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); da garantia ao desenvolvimento nacional (art. 3º, III); da erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, III); a integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art. 219), ainda que espalhados pela Carta, dizem respeito à ordem econômica. Quanto ao foco do presente artigo – a busca da autonomia tecnológica do Brasil por meio da ordem econômica constitucional – vê-se que algumas das diretrizes da ordem econômica possuem intima relação com o objeto de pesquisa.

A busca do pleno emprego (art. 170, VIII) é digna de nota por demonstrar uma certa tensão quando se analisa a figura de

[20] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 13ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 193.

dependência do Estado brasileiro. Não sendo autônomo em relação a sua industrialização, o governo passa a abrir o mercado amplamente para a concorrência internacional. Trata-se de fruto da sociedade de densa globalização do século XXI: o eixo de competição do comércio internacional, antes focado no controle de matérias primas, se volta em torno do controle das tecnologias de processo (ou seja, da propriedade intelectual). Tal conjuntura leva a fragmentação dos modos de produção, onde as empresas transnacionais possuem pequenas escalas em diversos países, de acordo com suas regulações fiscais, trabalhistas e ambientais[21]. Assim, países em situação de dependência passam a atrair empresas transnacionais por meio de benefícios fiscais e regulatórios, focando na criação de empregos e no crescimento econômico. Notadamente, a autonomia tecnológica do país daria uma melhor condição e retomada da soberana regulatório do país nesse sentido.

Além disto, cabem breves comentários quanto ao princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (C.R., art. 170, IX). Pode-se citar estudo na área, como a tese Biotecnologia no Brasil de Carlos Torres Freire, que defende que as empresas que mais devem ser agraciadas com iniciativas governamentais para incentivo de desenvolvimento tecnológico, são as microempresas e de pequeno porte, visto terem maior dinâmica para inovação, ao contrário das empresas de médio e grande porte que pretendem se afastar de riscos[22]. As pequenas empresas devem se manter inovativas caso desejem se manter em um mercado de ampla concorrência em decorrência da economia globalizada.

---

[21] OLGIATI, Vittorio. O Direito Positivo e as Ordens Sócio-Jurídicas: um "engate operacional para uma Sociologia do Direito europeia in FARIA, José Eduardo (org.). Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 98.

[22] FREIRE, Carlos Eduardo Torres. Biotecnologia no Brasil: uma atividade econômica baseada em empresa, academia e Estado. 2014. 201 f. Tese (Doutorado) - Curso de Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.136. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-14012015-180416/pt-br.php>. Acesso em: 22 maio 2017.

Ainda assim, nota-se certo descaso do Brasil em relação a regulação favorável às empresas de menor porte. Durante a discussão em relação ao Marco da Ciência, Tecnologia e Inovação (Lei 13.243/2016), foi vetado pela Presidência da República a criação do artigo 20-A na Lei de Inovação (Lei 10.973/2004) que dispensava licitações para contratação pela Administração Pública dos serviços de microempresas e de empresas de pequeno e médio porte, para prestação de serviços elaborados com a aplicação de conhecimento cientifico[23].

O veto partiu de pressão vinda do próprio Setor Produtivo. Preocupados com o desequilíbrio da concorrência, empresas de portes diversos (e, portanto, maiores) pediram que o governo vetasse o referido artigo[24]. Assim, nota-se que o texto final da lei (em ponto de sensível importância) foi afetado também por choques de interesses dentro da própria iniciativa privada, em uma tensão entre a direção da defesa da concorrência e do trato especial para empresas de caráter mais inovativo e mais dispostas a assumir o risco.

3.2 O princípio da soberania e a dependência econômica brasileira

Por fim, analisa-se o princípio da soberania em relação a "teoria da dependência econômica". O princípio da soberania é o primeiro enunciado no artigo 170, sendo norma-objetivo, dotada de caráter conformador de outras regulações[25]. Argumenta-se que a soberania econômica, tal como a redução das desigualdades regionais, pode ser alcançada por meio da autonomia tecnológica do Estado. Ocorre que, no meio de uma dependência externa, a procura

[23] BRASIL. Veto à Lei nº 8, de 2016. Mensagem Nº 8. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Msg/VEP-8.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

[24] GGN NOTICIAS. Especialistas debatem Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação. 2016. Disponível em: https://jornalggn.com.br/noticia/especialistas-debatem-marco-legal-da-ciencia-tecnologia-e-inovacao Acesso em: 07 de novembro de 2017.

[25] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 13ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 226.

por crescimento do Estado traduz em mais importância para a governança do que o desenvolvimento.

As vias de acesso a civilização industrializada dizem muito acerca da problemática do atraso tecnológico de algumas nações, como a brasileira. Para Furtado, os países europeus com sistema de acumulação industrial imediatamente resultantes das Revoluções burguesas levaram a consciência do atraso na acumulação por nações como o Japão e, também, da dominação externa que a civilização industrializada extremamente condensada globalmente significaria para nações atrasadas (como foi o caso da Rússia no começo do século XX). A terceira via, para o autor, é considerada subproduto da dominação que nações como a Rússia procuraram evitar[26].

Os produtos exportados pelos países industrializados da Europa, desde o advento da Revolução Industrial refletiam um grau de acumulação avançado, e os que importavam apresentavam maior abundância de recursos naturais e menor grau de acumulação. O comércio exterior passou a especializar a produção, levando imediatamente que civilizações de atraso tecnológico a se integrar na civilização industrial e o mercado internacional por meio da dependência imediata com as civilizações industriais de maior grau de acumulação. Assim, enquanto nos mercados adiantados tecnologicamente (como a Europa e, mais tarde, os Estados Unidos da América) tinham no desenvolvimento da industrialização a diversificação dos padrões de consumo paralela a evolução das técnicas produtivas, nos países da "terceira via de acesso" diversificou-se os padrões de consumo sem evolução das técnicas produtivas[27]. Ao nos debruçarmos sobre a situação brasileira, vê-se que tal conjuntura já vem sendo constantemente reafirmada desde a sociedade colonial. Lucia Cortes, em análise da construção histórica da economia brasileira, afirma que "o dinamismo

[26] FURTADO, Celso. Criatividade e dependência na civilização industrial. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 65-68.

[27] FURTADO, *Ibidem,* p. 71.

econômico da sociedade colonial era dado pela demanda externa dos produtos brasileiros, e a estrutura agrária era definida por latifúndios exportadores"[28]. Em outras palavras: o tom da estruturação econômica brasileira era dado pelos importadores dos seus produtos, esses com maior poder de acumulação, gerado por maiores técnicas de produção.

Pelo olhar da "teoria da dependência" de Furtado, valores ideológicos das revoluções burguesas como o liberalismo, ao serem transportados para uma situação de dependência se transformam em instrumento de reforço desta[29]. Em resumo, a padronização dos meios de produção no sistema econômico de mercado em nível global, aliada a necessidade de acesso aos mercados externos passa a definir limites a industrialização interna. Estando o Estado brasileiro inserido no quadro da *terceira via de acesso,* os efeitos no desenvolvimento tecnológico são claros. A tecnologia vem como uma maneira de diversificar o mercado do ponto de vista dos produtos a disposição do consumidor assim como pela facilitação nos modos de produção – pela inovação em processos de industrialização. O acesso indireto à civilização industrial significou a introdução das transformações à nível de demanda final. Entende Furtado que

> (...) o processo de industrialização assumirá a forma de uma esforço de adaptação do aparelho produtivo a essa demanda sofisticada, o que desvincula do sistema de forças produtivas preexistente. Surge assim um subsistema produtivo de alta densidade de capital, que não corresponde ao nível de acumulação alcançado no conjunto da sociedade, com fraca capacidade de geração direta de emprego[30].

[28] COSTA, Lúcia Cortes da. Os Impasses do Estado Capitalista: uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil. Ponta Grossa: UEPG; São Paulo: Cortez, 2006, p. 111.

[29] FURTADO, *Op cit.,* p. 71.

[30] FURTADO, Celso. Criatividade e dependência na civilização industrial. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 75.

A dependência econômica leva a duas visões distintas da palavra desenvolvimento. Desenvolver uma economia sob véu da condição dominante dos países que entraram na civilização industrial sem atraso, significa aumentar a produção em conformidade com o consumo cada vez mais fragmentado da sociedade que se insere. De outro lado, desenvolvimento em uma economia dependente gera "(...) hiperdiversificação do consumo de minorias, que coexistem com amplas maiorias cujo baixo nível de vida serve de escusa para os ínfimos salários que lhe são impostos[31]". Sob a ótica da teoria da dependência, trata-se de agravação das desigualdades sociais. Em resumo: importação de produtos externos (pela ampliação do consumo de uma minoria), necessidade do Estado dependente de atrair empresas transnacionais para redução do preço de tecnologia de consumo, junto a criação de empregos a massa trabalhadora que já se coloca sob situação de desigualdade.

Furtado se mostra cínico em relação ao fomento da criatividade em uma sociedade de consumo capitalista onde toda e qualquer tentativa de expressão do espirito humano vira fonte de acumulação, por meio dos direitos de propriedade intelectual. Não obstante, o autor reconhece a independência de Estados de civilização industrial que investem fortemente em pesquisa e desenvolvimento, entendendo que a grande tragédia da nação atrasada é de que, ainda que invista fortemente em industrialização, sob o véu da dependência, não encontrará a autonomia econômica, enquanto não possuir autonomia tecnológica[32]. Para a comprovação da sua tese, o autor se utiliza do investimento industrial da Coréia do Norte durante a segunda metade do século XX, que, ainda que a economia funcione como uma máquina inteiramente programada de acordo com a vontade do governo, não consegue se desvencilhar do estado de dependência.

---

[31] FURTADO, *Ibidem*, p. 98.

[32] FURTADO, Celso. Criatividade e dependência na civilização industrial. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 137.

Acredita-se que a situação econômica de dependência resulta em uma conjuntura adversa ao espirito criativo do ser humano. A criatividade é fruto da estrutura em que a sociedade se coloca. Assim, a dependência leva diretamente a transfusão de estruturas sociais já conhecidas pelos países "avançados", reduzindo a necessidade de criatividade da sociedade. Do ponto de vista concorrencial, o mimetismo é uma forma mais vantajosa de aproximação a tecnologia do que a inventividade, cuja possibilidade de não aceitação pelo consumidor leva a riscos que nem sempre o setor produtivo pode aceitar.

Assim, a posição das economias atrasadas gera a suposta vantagem de "seguidor", ou seja, copia-se as tecnologias mais eficientes não necessitando do risco de "tentativa e erro" gerada nos países de civilização industrial adiantada. Chama-se esse efeito de catching-up. Para autores ligados a teoria do desenvolvimento econômico, tal efeito supostamente levaria a endogenia econômica (crescimento de dentro da própria economia), porém, essa capacidade nunca seria completa, visto que "a aquisição dos bens de produção é um canal essencial para explorar essa vantagem: daí a importância decisiva da 'capacidade para importar"[33]. O mimetismo talvez se mostre, pela redução de riscos, agradável para a iniciativa privada, porém do ponto de vista da ordem econômica leva a um freio da inovação interna. Construir a capacidade de autonomia tecnológica levaria ao poder de explorar tanto "ao máximo as complementariedades entre os elos das cadeias produtivas como de dominar especificamente a produção de bens de elevada elasticidade-renda e/ou de bens nos quais vigora elevado grau de monopólio no mercado internacional[34]".

O estudo de Giesteira, acima citado, mostra uma revisão crítica da teoria da dependência econômica. O autor reconhece que

[33] GIESTEIRA, Luis Felipe. Elementos teóricos e conceituais para a fundamentação de políticas de inovação tecnologica em economias atrasadas. IPEA, 2010, p. 24. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5047>. Acesso em: 10 jul. 2017.

[34] GIESTEIRA, *Idem*.

o atraso econômico pode ser vencido por meio do mimetismo, tão criticado por Furtado. Porém, dando eco a Furtado, reconhece o atraso tecnológico e acredita que sob uma estrutura de concorrência livre, não existirá a superação do atraso econômico e tecnológico, necessitando ação estatal para retificar a estrutura de dependência[35]. A regulação aqui buscada, ao ser analisada pela fria letra da norma, certamente tem a finalidade de estruturar o empresário brasileiro a se capacitar no mercado sem mimetismo (ou *catching-up*, para usar o termo de Giesteira), mas sim pela própria inventividade regional.

Mesmo que as nações "atrasadas" alcancem certo grau de independência por meio da exploração de produto de grande valor econômico (como no caso brasileiro com a agroindústria), aumenta a margem de liberdade dentro do estado de dependência, porém, não supera[36]. Em casos como o Irã, que possui reserva de petróleo que se classifica como produto de não repetível de valor econômico, sua exploração apenas se dá junto a empresas transnacionais de que asseguram a possibilidade de acesso ao mercado e com inovação própria em formas de produção e exploração[37]. Vê-se que independente de possuírem produtos que potencializem suas exportações, a soberania do Estado se vê mitigada por empresas que nem sempre tem sua matriz no seu próprio território. Do ponto de vista da Constituição da República de 1988, tanto a busca do pleno emprego, quanto a soberania são finalidades da ordem econômica e financeira. O Estado Moderno, porém, enfraquecido na sua própria conduta regulatória pela globalização e, no caso brasileiro, com dependência econômica junto das nações de civilização industrial

[35] GIESTEIRA, Luis Felipe. Elementos teóricos e conceituais para a fundamentação de políticas de inovação tecnologica em economias atrasadas. IPEA, 2010, p. 24. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5047>. Acesso em: 10 jul. 2017, p. 26.

[36] FURTADO, Celso. Criatividade e dependência na civilização industrial. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 148.

[37] FURTADO, *Idem*.

adiantada, busca em primeira ordem crescer por meio da exportação, antes da preocupação com a soberania.

A própria pesquisa brasileira e sua subsequente propriedade intelectual por meio de patente de invento ou processo tem ampla captação por empresas estrangeiras, conformando a situação brasileira como fabricantes e consumidores de tecnologia ao invés de inventores. Em levantamento quanto a interação universidade-empresa em pesquisa, Carlos Henrique de Brito Cruz apontou que o maior número de empresas co-autoras de artigos científicos (e, portanto, financiadoras da pesquisa) com a Universidade de São Paulo são empresas internacionais. Entre as dez maiores empresas, existem três brasileiras, sendo que duas são públicas (Petrobrás e EMBRAER) e uma delas é Apis Flora, empresa de pequeno porte de Ribeirão Preto[38]. A questão da universidade pública é nuclear para a discussão haja visto que a sua tradicional função de maior geradora de conhecimento e pesquisa no Brasil. As reformas legislativas mais recentes (como a Lei de Inovação e as modificações do Marco da Ciência, Tecnologia e Inovação) confirmam essa postura, trazendo mecanismos de aproximação entre a indústria e a universidade[39].

Do levantamento, pode-se tirar duas análises: primeiramente, a pesquisa conjunta da universidade com empresas internacionais resultará potencialmente de produto licenciado pela empresa internacional, não sendo tecnologia brasileira. Em segundo lugar,

[38] CRUZ, Carlos Henrique de Brito. Indicadores sobre interação universidade-empresa em pesquisa em São Paulo *in* MARCOVITCH, Jacques (Org.). **Repensando a universidade:** desempenho acadêmico e comparações internacionais. São Paulo: Com-Arte, 2018, p 198. Disponível em: <http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/224>. Acesso em: 27 de agosto de 2018;

[39] O Marco da C,T&I traz tentativas de estruturar a universidade de forma mais dinâmica e eficiente, trazendo-a para uma forma mais agradável para a cooperação com o Setor Produtivo privado. Além dos incentivos fiscais, já trazidos pela Lei Federal de Inovação de 2004, o Marco alterou a Lei das Fundações de Apoio, dando a possibilidade dos Núcleos de Inovação Tecnológica das universidades públicas assumir a forma de fundação de apoio (Lei das Fundações de Apoio, art. 3º). É um exemplo de reestruturação do Estado com a finalidade de fomentar o cenário tecnológico, fazendo com que as transferências de tecnologia entre as universidades e o Setor Produtivo possuam maior efetividade.

chama atenção o caso da empresa Apis Flora. Apesar de ser um ponto fora da curva, dá o tom do que deve ser buscado em relação a políticas públicas em consonância da norma constitucional diretiva: empresa de pequeno porte, e, portanto, mais propensa a inovação para se manter no mercado, desenvolvendo a economia regional e consequentemente a autonomia tecnológica do país. Para a quebra do estado de dependência, é necessário que empresas como a Apis Flora deixem de ser exceção e se tornem regra.

Nota-se que a tentativa de recuo da dependência se dá no nível internacional, buscando uma maior **interdependência** ao invés de dependência. Certamente, em uma economia dependente não apenas da ordem econômica interna, mas, também, externa, seria um baque contra o livre mercado buscar um protecionismo nacional de grandes proporções. Na obra analisada extensamente neste artigo, Celso Furtado parece concluir nesta linha, apontando que "se admitimos que o isolamento não é solução, o objetivo estratégico passa a ser minimizar o custo da dependência e explorar os caminhos que conduzem à substituição desta pela interdependência[40]".

A interdependência dá o tom do que deve ser buscado para reduzir o aspecto de dependência do Estado. Em análise do princípio da soberania, Eros Grau, em consonância com a teoria da dependência econômica, afirma que "A afirmação da soberania nacional econômica não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia – e da sociedade – e a ruptura da nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas[41]". No momento em que o Estado brasileiro atua em políticas públicas baseadas na busca do pleno emprego (diretriz constitucional muito mais atraente do ponto de vista político da atuação governante), trazendo empresas transnacionais com tecnologia própria, transforma os agentes econômicos em

[40] FURTADO, Celso. Criatividade e dependência na civilização industrial. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 149.

[41] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 13ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 226.

fabricantes ao invés de produtores industriais. Vê-se crescimento, porém não se vê desenvolvimento.

Em uma tensão entre os princípios apontados, conclui-se que, ainda que o mercado brasileiro deva estar aberto a concorrência externa e ao empreendedorismo transnacional, visando o livre mercado e a busca do pleno emprego, a primazia da soberania econômica do Estado deve ser observada com especial cautela quando se discute a diretriz política que se espera da inovação tecnológica. A autonomia tecnológica possui os marcos regulatórios e a luz da norma constitucional por meio dos artigos 218 e 219, assim como, pelas diretrizes da ordem econômica do artigo 170. Dessa maneira, resta comprovada não apenas a preocupação da Constituição da República de 1988 acerca da Ciência, Tecnologia e Inovação, assim como seu papel central para a efetiva autonomia econômica brasileira.

Considerações finais

À guisa de conclusão, é necessário um alerta: o apresentado pelo artigo certamente não dá vasão a todos os pontos controvertidos da matéria apresentada. Do ponto de vista sociológico, uma maior análise das estruturas de relação entre os atores envolvidos no processo inovativo, conforme o apresentado no ordenamento jurídico brasileiro (academia, setor produtivo e governo), se demonstra necessária para entender exatamente onde moram os obstáculos para a difusão da cultura de inovação no mercado brasileiro. Assim, o estudo traduz complexidade maior do que a apresentada. Buscou-se apenas demonstrar a importância da autonomia tecnológica e sua ligação ao princípio da soberania econômica.

Não obstante, a analise demonstra claramente que, além dos outros fenômenos das ciências humanas que rodeiam a disciplina, existem controvérsias do próprio sistema normativo que se propõe a aceitar a matéria. As regulações que emanam da Constituição da República de 1988 já partem deste otimismo quanto a capacitação

tecnológica, independente do quão favorável à ordem econômica seja o conceito de inovação. E, ironicamente, ainda assim se sente um certo jogo de forças dentro das diretrizes norteadoras do sistema, onde o otimismo com a autonomia tecnológica é colocado em segundo plano, conforme demonstrado pela teoria da dependência.

Do ponto de vista do Direito, cabe ao jurista que se aproxima da investigação cientifica na disciplina se questionar: a proteção econômica da patente, apenas pela adequação da regulação da nação as diretrizes do TRIPs, conforme foi feito no Brasil na década de 1990, é suficiente para encontrar a autonomia tecnológica brasileira e seu desenvolvimento? As diretrizes da OMC talvez apenas impulsionem aquilo que Celso Furtado entendia como a dupla visão de uma mesma palavra: desenvolvimento para as civilizações industriais autônomas em seu continuo crescimento tecnológico talvez não signifique o mesmo que o desenvolvimento em uma civilização atrasada em tecnologia. Resta ao jurista questionar as regulações de proteção aos direitos de propriedade intelectual, assim como, questionar a efetividade das regulações da área para o desenvolvimento do fenômeno da inovação nos termos do Manual de Oslo, conforme apresentado.

Faz-se eco ao denunciado por Marcos Wachowicz durante o desenvolvimento do texto: o sistema de patentes foi instrumento eficaz para o fortalecimento de empresas transnacionais, transformando sua pesquisa em rendimentos, muito mais do que ferramenta de fortalecimento da transferência de tecnologia para países de industrialização atrasada, sem recursos para formação de novas tecnologias. É indiferente ao resultado procurado pelo Brasil que a Universidade de São Paulo seja potência em pesquisa, assim como possua número elevado de propriedade industrial se a pesquisa é desenvolvida principalmente para empresas públicas ou empresas internacionais de grande porte. O pequeno empresário paulista e o consumidor paulista, junto do (maior) desenvolvimento da região teriam mais a ganhar caso a tecnologia se propusesse a atingir a necessidade de consumo regional. O acumulo da produção

junto do aumento do consumo regional colocariam o país em uma menor situação de dependência, ao menos nos termos de Celso Furtado utilizados como norte teórico para o presente artigo.

A perda do poder do Estado como grande regulador da economia doméstica significa uma mitigação da própria disciplina de Direito Econômico, como se pode ver pelo paradoxo que é gerado pelas suas diretrizes básicas ao confrontar o caso concreto. A perda de espaço de poder do Estado na regulação não significa, porém, seu completo fracasso e a necessidade da auto-regulação completa do mercado interno (e principalmente externo). De outro lado, a planificação autoritária de países de forte industrialização recente como a Coréia do Norte nos mostram que a dependência não se reduz por rigorosa disciplina do Estado. A balança de tensões de uma forma de Estado como a brasileira de 88 é essencial para entender o ponto onde o empreendedorismo de livre concorrência é efetivamente autônomo, e o ponto onde a intervenção do Estado se mostra necessária. Encontrar esse espaço e estruturar a Nação em consonância a ele significa propulsionar a criatividade da sociedade civil.

Do ponto de vista da autonomia tecnológica, seria necessário um estudo mais aprofundado para entender o quanto o Estado ainda é necessário para a formação de políticas públicas e se os direitos de propriedade intelectual ainda possuem um papel a cumprir quanto a difusão da pesquisa e do desenvolvimento regional. Acredita-se, em conformidade com a atual Constituição, que é necessária melhor direção das políticas públicas e da regulação cabível, como, por exemplo, a vetada alteração trazida pelo Marco da Ciência, Tecnologia e Inovação quanto ao tratamento diferencial as empresas de pequeno porte. Entre os princípios do desenvolvimento regional e do tratamento diferencial ao pequeno empresário, e do princípio da livre concorrência, a Presidência da República, naquele momento, optou pelo segundo. A tensão entre os princípios é normal no mundo jurídico, porém, do ponto de vista teleológico da legislação em discussão (a maior difusão da inovação tecnológica no Brasil), a governança parece ter sido falha.

Ao analisarmos as diretrizes da norma do artigo 170 da Constituição da República, vemos que a autonomia tecnológica do país propulsiona suas principais vertentes: o inventor e o empresário de pequeno porte de região, por meio de atividade conjunta, desenvolvem o mercado regional propulsionando o livre mercado e dando maior possibilidade a constante busca ao pleno emprego. Para isso, o constituinte de 1988 sabia que seria necessária a soberania, tanto política quanto econômica para alcançar tal objetivo, principalmente em um mundo de continua globalização e mitigação da soberania estatal. Não é à toa que a soberania é o primeiro inciso, tanto no artigo cujo texto exprime a ordem econômica e financeira do país, quanto o texto do primeiro artigo da Carta, ao definir os fundamentos do Estado Democrático de Direito que o constituinte procurava programar para a Nação.

Referências

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007
.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 maio de 2018.

_____. **Lei Nº 10.973 de 2 de Dezembro de 2004**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em: 13 jul. 2015.

_____. **Lei Nº 9.279 de 14 de maio de 1996**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em: 13 jul. 2015.

_____. **Veto à Lei nº 8, de 2016.** Mensagem Nº 8. Brasilia, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Msg/VEP-8.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

COSTA, Lúcia Cortes da. **Os Impasses do Estado Capitalista**: uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil. Ponta Grossa: UEPG; São Paulo: Cortez, 2006.

CRUZ, Carlos Henrique de Brito. Indicadores sobre interação universidade-empresa em pesquisa em São Paulo *in* MARCOVITCH, Jacques (Org.). **Repensando a universidade:** desempenho acadêmico e comparações internacionais. São Paulo: Com-Arte, 2018. Disponível em: <http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/224>. Acesso em: 27 de agosto de 2018.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 24. ed. São Paulo: Nacional, 1991.

_____. **Criatividade e dependência na civilização industrial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

FREIRE, Carlos Eduardo Torres. **Biotecnologia no Brasil**: uma atividade econômica baseada em empresa, academia e Estado. 2014. 201 f. Tese (Doutorado) - Curso de Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-14012015-180416/pt-br.php>. Acesso em: 22 maio 2017.

GGN NOTICIAS. **Especialistas debatem Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação**. 2016. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/especialistas-debatem-marco-legal-da-ciencia-tecnologia-e-inovacao>. Acesso em: 07 de novembro de 2017.

GIESTEIRA, Luis Felipe. **Elementos teóricos e conceituais para a fundamentação de políticas de inovação tecnologica em economias atrasadas.** IPEA, 2010. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5047>. Acesso em: 10 jul. 2017

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO. **Manual de Oslo**: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3. ed. Brasilia: FINEP, 2005. Disponível em: <http://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017

OLGIATI, Vittorio. O Direito Positivo e as Ordens Sócio-Jurídicas: um "engate operacional para uma Sociologia do Direito europeia *in* FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2010.

SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do desenvolvimento econômico:** uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**.** São Paulo: Editora Nova Cultural. 1997.

WACHOWICZ, Marcos. Sistema de proteção da propriedade intelectual: os impasses para a promoção do desenvolvimento e da inovação. **Revista Jurídica do Cesuca**. v.1, n.1, jul/2013. Disponível em: <ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/download/385/185/>. Acesso em: 24 de agosto de 2018.

_____; SASS, Liz Beatriz. O direito autoral como propulsor da diversidade cultural: falácias e desafios *In* WACHOWICZ, Marcos (org.). **Direito autoral & economia criativa.** Curitiba, UFPR: 2015. Disponível em: <http://test.artneo.com.br/pdf/direito_autoral_e_economia_criativa_ebook.pdf>. Acesso em: 24 de agosto de 2018.

WORLD INTELECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (Org.). **Global Innovation Index**. Geneva: Wipo, 2018. 430 p. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_gii_2018.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

Direito Ambiental & Urbanístico

10

A constitucionalização do direito urbanístico brasileiro: avanços, reveses e perspectivas de investigação nos 30 anos da Constituição de 1988

Igor Sporch da Costa [1]

1. Introdução

O aniversário de trinta anos da Constituição de 1988 oportuniza a reflexão acerca dos seus efeitos sobre o ordenamento jurídico, sobre as instituições e, principalmente, sobre a sociedade brasileira. Entretanto, a reflexão propiciada não se restringe ao levantamento dos avanços e reveses gerados, mas, abarca duas outras possibilidades. De um lado, apontar as causas – omissivas e comissivas – dos progressos e/ou retrocessos indicados e, lado outro, indicar as perspectivas vindouras que objetivem alterar os elementos anacrônicos apontados.

Tem-se, então, que, aqui, os sobreditos binômios antinômicos – "avanços" e "reveses", "progressos" e "retrocessos" e outros que sejam semelhantes a eles – são tomados em relação à efetividade da Constituição. Consideram-se vanguardeiras as posturas doutrinárias ou medidas jurídicas voltadas à realização do Texto

[1] Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Especialista em Administração Pública – Ênfase em Gestão Pública Municipal pela Faculdade de Ciências Contábeis e Administrativas Machado Sobrinho de Juiz de Fora (FMS). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa – UFV. Professor Assistente C de Direito Administrativo, vinculado ao Departamento de Direito do Estado/Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG – no estado do Paraná.

Constitucional, enquanto "reveses" e "retrocessos" se relacionam à sua não efetivação.

Estas possibilidades explicativas se fortalecem diante das principais promessas que, à época de sua promulgação, foram depositadas na nova Constituição. Almejava-se que ela fosse responsável pela efetividade da dignidade da pessoa humana e que, ao mesmo tempo, ela dirigisse a transição da ditadura civil-militar ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Logo, ambas as promessas não eram vistas isoladamente. Ao contrário, compreendia-se que elas estavam imbrincadas numa relação simbiótica.

Consonante à dignidade humana, o Texto Constitucional, os Entes Públicos – e as instituições criadas por eles – e o ordenamento jurídico deveriam ser causas da alteração da realidade fática, de forma que cada ser humano fosse tomado como um fim em si mesmo. Por sua vez, o paradigma do Estado Democrático de Direito representava a harmonização dos projetos coletivos e individuais, mediante um sistema democrático de produção dos textos jurídico-normativos. Ademais, conforme este paradigma, o sistema jurídico conformaria o Estado e conferiria aos indivíduos o acesso às condições necessárias à sua emancipação social. Dessa forma, a produção e a aplicação do direito, bem como a produção doutrinária, deveriam se ligar à realização dos objetivos da República e dos direitos fundamentais – estes últimos vistos como facetas da dignidade humana.

É, neste sentido, que se insere a constitucionalização do Direito Urbanístico e a sua consequente autonomização legislativa e doutrinária. Com base nesta afirmação, talvez se possa dizer, com um relativo grau de certeza, que, no Brasil, o Direito Urbanístico é um dos últimos ramos surgidos naquilo que se compreende, em âmbito nacional, como Direito Público. Não obstante a relevância desta última afirmação, ela não resume os sentidos atribuídos aos vocábulos "avanço" e "progresso", pois, como se viu, eles se

relacionam à realização da Constituição e, notadamente, dos direitos fundamentais.

Assim, a questão "30 anos da Constituição para quem?" obriga que se faça um balanço sobre o processo de constitucionalização, de autonomização, de regulamentação infraconstitucional e de aplicação do Direito Urbanístico brasileiro. Além disso, o cotejo entre os "avanços" e "reveses" supracitados permite apontar algumas das tendências da ordem jusurbanística e das pesquisas que a tenham por objeto de investigação.

Portanto, este ensaio tem dois escopos. Primeiramente, ele objetiva analisar se o aludido processo reuniu – e/ou reúne – as condições de efetividade indispensáveis para alterar a situação de exclusão sócio-espacial que marcava – e, ainda, caracteriza – a realidade brasileira. Com base nas citadas condições de efetividade, este ensaio busca, também, apontar algumas perspectivas futuras para o Direito Urbanístico objetivo e científico. Dessa forma, o cumprimento de ambos os desideratos demandou, principalmente, o exame dos textos jurídico-normativos nacionais e da produção doutrinária correlata para, a partir destes dados, deduzir os "avanços", os "retrocessos" e as tendências do ordenamento jusurbanístico – seja em termos objetivos, seja em termos teóricos.

Com fundamento nas informações acima lançadas, fazem-se presentes as justificativas para compreender a segmentação deste ensaio em cinco seções. A primeira é a presente introdução que apresenta os principais elementos teóricos e metodológicos que viabilizaram a investigação. A seção seguinte aborda os antecedentes socioeconômicos, políticos, jurídicos e teóricos da constitucionalização do Direito Urbanístico brasileiro. A terceira seção apresenta a discussão da Política Urbana conforme ela foi prescrita pela Constituição. Na seção seguinte, examinam-se alguns dos principais marcos legislativos nacionais do Direito Urbanístico demonstrando a sua capacidade de realizar ou não os direitos fundamentais tutelados pelo citado ramo do Direito. Enfim,

sistematizam-se as principais conclusões obtidas nas seções anteriores.

Após ler estas ilações preliminares, talvez o leitor considere que este ensaio se restringe à apresentação de uma nova disciplina jurídica de forma a despertar o interesse na temática. De fato, esta foi uma das razões que levaram à redação deste texto. Todavia, a sua maior ambição é ofertar elementos que permitam refletir sobre a indagação que motivou a investigação realizada, qual seja: "30 anos da constitucionalização do Direito Urbanístico para quem?" De qualquer forma, alvitra-se que, ao menos, a primeira intenção seja alcançada.

2. Antecedentes socioeconômicos, políticos, jurídicos e teóricos da constitucionalização do Direito Urbanístico brasileiro

A constitucionalização do Direito Urbanístico brasileiro somente pode ser compreendida em um cenário mais amplo: a inserção da questão sócio-espacial como um tema juridicamente relevante. Assim, esta contextualização exige atentar-se para diversos processos/elementos antecedentes e, de certa forma concomitantes. Entretanto, aqui, somente quatro destes processos/elementos serão enfatizados, quais sejam: os aspectos socioeconômicos; os aspectos políticos; os aspectos jurídicos; e, enfim, os aspectos teóricos, ligados à produção científica sobre o tema da urbanização brasileira.

Durante os períodos colonial e imperial, o centro da vida socioeconômica brasileira se encontrava no campo. As cidades eram, ao mesmo tempo, o centro das atividades políticas e religiosas e o local privilegiado de trocas comerciais das *commodities* que caracterizaram os ciclos econômicos brasileiros.

Nos primeiros anos da República, a centralidade do campo se manteve, embora, alguns centros urbanos novos tenham surgido e a população das cidades existentes tenha sofrido pequenos e paulatinos aumentos. Estes tímidos incrementos encontraram

diversas causas: a libertação dos escravos; o aumento da imigração europeia; o surgimento de pequenas indústrias de bens de consumo não-duráveis; o aumento de postos de trabalhos nos setores de serviços, principalmente naqueles ligados à atividade agroexportadora.

Todavia, as políticas estatais desenvolvimentistas e aquelas que lhes seguiram levaram à criação de empresas estatais e à atração de empreendedores estrangeiros para a formação do parque industrial nacional, mediante a instalação de indústrias de base, de produção de bens de consumo duráveis etc. Assim, a industrialização acelerada catalisou o êxodo rural e o rápido crescimento das cidades – tanto em extensão, quanto em termos populacionais – o que fez com que as cidades se tornassem o centro da vida socioeconômica brasileira, situação que perdura ainda hoje[2]. Ao mesmo tempo, houve a catalisação dos processos de favelização e de segregação sócio-espacial que se iniciaram ainda nos períodos colonial e imperial[3].

---

[2] Esta afirmação pode ser ilustrada, atualmente, pelas taxas de urbanização mundial e nacional, já que, 51,6% da população mundial e 84,4% da população brasileira vivem nas cidades. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Atlas do censo demográfico 2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. p. 20 e 107. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas>. Acesso em: 07 out. 2018.)

No mesmo sentido, dizer que a economia brasileira se caracterize por seu caráter agroexportador não exclui o papel central das cidades na realidade brasileira. Atualmente, criou-se o conceito de "rurbano", para indicar o fenômeno simbiótico entre as grandes plantações – altamente mecanizadas e voltadas ao mercado externo – e as cidades ao seu redor que se destinam à moradia dos profissionais especializados que laboram nas primeiras. Nestes casos, embora estas cidades apresentem elevados padrões de crescimento econômico, populacional e de qualidade de vida, as demais cidades ao seu redor se marcam pela deterioração da qualidade de vida, já que a sua população se destina a atividades temporárias nas plantações e nas cidades. (SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira.* 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 51; ARANTES, Paulo Tadeu Leite. Agrocidades, agronegócio e o surgimento das comunidades rurbanas. *Jornal do Agronegócio*, Viçosa, a. 1, n. 5, p. 10, 2004; MARICATO, Ermínia. É a questão urbana, estúpido! In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 36.)

[3] LEFEBVRE, Henri. *A revolução urbana.* Belo Horizonte: UFMG, 1999; LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*: o fenômeno urbano – sentido e finalidade da industrialização. O principal direito do homem. São Paulo: Documentos, 1969; COSTA, Igor Sporch da. Urbanismo e o direito por um prisma interdisciplinar: um estudo sobre a produção normativa para a efetivação do direito à cidade. *Revista de direito administrativo* – RDA, Rio de Janeiro, v. 255, p. 161-192, set./dez. 2010.

As descrições acima permitem perceber que, no Brasil, geralmente, os citados aspectos socioeconômicos não foram acompanhados de ações e políticas públicas para o desenvolvimento urbano sustentável[4]. Não houve o adequado planejamento urbano e a adequada distribuição de terras, de bens, de serviços e de infraestruturas urbanas indispensáveis à vida nas cidades. Isto é, não houve a provisão de terra urbana apta e em quantidade suficiente para suprir as necessidades da população urbana, notadamente, aquela que habita as áreas marginais das cidades.

No que concerne aos aspectos políticos, pode-se afirmar que, ressalvados curtos períodos de vigência democrática, o Estado brasileiro se caracterizou – e, ainda se marca – pelo autoritarismo e pelo fechamento da esfera pública à participação da maior parte da população e dos movimentos sociais rurais e urbanos. Uma das ilustrações das raras exceções supracitadas foi o período de vigência democrática da Constituição de 1946, mas, o Golpe de 1964 interditou a esfera pública brasileira restringindo os direitos e garantias individuais, os direitos políticos e as atividades sindicais.

Este fechamento da esfera pública foi responsável por dar maior visibilidade às causas sociais que, até então, eram obscurecidas pelos grandes temas nacionais e por dar primazia a novos atores sociais engajados nestas disputas. Neste cenário ganharam relevo, por exemplo, os movimentos de moradores de favelas e de bairros degradados que pleiteavam melhorias urbanas,

[4] Esta afirmação pode ser ilustrada pelos diplomas normativos brasileiros relativos ao parcelamento do solo urbano. Até a década de 1960, o parcelamento do solo urbano era regulado essencialmente em âmbito municipal, sem a fixação de diretivas nacionais claras. Esta situação somente começou a ser alterada quando ocorreu a inversão da relação cidade-campo, quando, em 1967, por meio do Decreto-Lei n. 271, de 28 de fevereiro, fixaram-se, nos artigos 1º a 6º, alguns parâmetros normativos de âmbito nacional aptos a orientar a atividade legiferante dos Municípios.

Somente em 1979, quando a relação de inversão cidade-campo e os processos de favelização e segregação sócio-espacial estavam consolidados, editou-se a Lei n. 6.766, de 19 de dezembro. Esta fixou, em 55 artigos, um regime jurídico nacional orientador da produção legislativa municipal, mediante, por exemplo: a fixação de padrões máximos e mínimos aplicáveis ao parcelamento do solo; procedimentos administrativos a serem observados pelos Municípios e pelos loteadores; prescrição de disposições penais e processuais referentes aos empreendedores que descumpram as regras relativas ao parcelamento do solo etc.

como: asfaltamento de vias públicas, regularização de áreas ocupadas, a instalação de equipamentos públicos, a realização de obras de saneamento básico etc. Também ganharam importância os movimentos de mulheres e de mães que demandavam, por exemplo: a construção de creches, escolas, áreas de lazer e postos de saúde para atendimento de suas famílias e de suas comunidades[5].

Assim, vê-se que as reivindicações destes novos atores sociais apresentavam novas características, como a concretude das demandas e a definição precisa da localização espacial das intervenções públicas pleiteadas e da população a ser atendida. Todavia, estas características e o fechamento da esfera pública dificultavam a criação de uma agenda de caráter geral. Ao mesmo tempo, os instrumentos empregados para atender estas reivindicações, muitas vezes, adotavam as lógicas clientelistas, paternalistas, patrimonialistas e autoritárias que fomentavam a segregação sócio-espacial.

No que tange aos aspectos jurídicos e teóricos, tem-se que, neste período, os impactos do crescimento econômico na qualidade de vida adentraram na agenda internacional[6]. Neste cenário, o aumento das taxas mundiais de urbanização e de pobreza urbana motivaram a realização, em 1976, da Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, em Vancouver, Canadá[7], responsável pela primeira sistematização do que, mais tarde, denominar-se-ia de "agenda marrom"[8].

---

[5] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 183-185.

[6] Neste sentido, pode-se citar, por exemplo: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Conferência sobre o Ambiente, de Estocolmo; a Conferência sobre a População Mundial, de Bucareste; a Conferência sobre Alimentação e Desenvolvimento Rural, de Roma; a Conferência Internacional da Mulher, do México.

[7] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *The Vancouver declaration on human settlements*. Disponível em: <http://unhabitat.org/wp-content/uploads/2014/07/The_Vancouver_Declaration_1976.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018.

[8] A expressão "agenda marrom" foi cunhada em oposição à "agenda verde", identificada com a Política Ambiental e com o Direito Ambiental. Dessa forma, se a "agenda verde" se vincula à lógica preservacionista em prol da geração futura – porvir este que nunca se faz presente e que, portanto, é

A Declaração de Vancouver vinculava a ordenação do território à dignidade e ao desenvolvimento humano e fixava diversos princípios que deviam reger as ações e políticas públicas. Entre estes princípios, podem-se citar: a melhoria da qualidade de vida mediante a satisfação das necessidades humanas em consonância à não-discriminação; a prioridade às necessidades de indivíduos e camadas hipossuficientes; a liberdade de locomoção e de escolha sobre a localização do exercício do direito à moradia, evitando as remoções e deslocamentos forçados; a justiça social e a distribuição equitativa dos ônus e benefícios da urbanização; a preservação do patrimônio natural e construído, material e imaterial, devido à sua contribuição na formação da identidade gregária e na melhoria da qualidade ambiental; o controle público do uso e da ocupação do solo, o que exigia a funcionalização do direito de propriedade e a participação popular sobre as decisões que impactassem os assentamentos humanos.

Embora a Declaração de Vancouver não tivesse o condão de vincular os Estados nacionais, não se pode desconhecer os seus efeitos. As suas determinações foram incorporadas à produção teórica das diversas áreas do conhecimento ocupadas da questão urbana. Elas influenciaram, ainda, a formação dos profissionais dedicados a esta temática, os quais, no futuro seriam responsáveis pela elaboração das ações e políticas públicas nos seus respectivos Estados.

Além dos sobreditos efeitos extrajurídicos, os documentos internacionais produzidos neste período forneceram elementos que contribuíram para a autonomização de ramos do Direito que

visto por diversos agentes públicos e privados como algo que pode ser postergado – a "agenda marrom" apresenta caráter imediato e, no caso brasileiro, liga-se ao processo predatório de ocupação do território nacional. Este processo se marcou, por exemplo, pela concentração populacional na faixa litorânea e nas áreas que lhe são próximas, pela pobreza urbana e pela segregação sócio-espacial – como ilustra a oposição condomínios fechados x favelas/cortiços/população de rua etc. Para maiores discussões sobre as especificidades e os pontos de contato entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico, vide: COSTA, Igor Sporch da. Para além das semelhanças: um ensaio sobre a autonomia e a simbiose entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 946, p. 187-230, ago. 2014.

objetivavam realizar políticas públicas. Esta afirmação pode ser ilustrada pela Declaração de Vancouver em relação ao Direito Urbanístico. Este, na sua origem, reunia temas e institutos identificados como emanações do dever-poder de polícia e que eram estudados por sub-ramos do Direito Administrativo, como o Direito Administrativo da Construção e o Direito Administrativo do Urbanismo[9].

Dessa forma, vê-se que neste período a ordenação territorial e a questão urbana se identificavam como temas de estudos exclusivos de geógrafos, urbanistas, economistas etc., despertando, salvo raras exceções, pouco interesse na doutrina jurídica brasileira[10]. Ademais, devido ao caráter fragmentário das reivindicações dos novos atores sociais, a produção acadêmica encontrou um dos seus focos na descrição e análise de experiências e demandas locais.

Outro foco de preocupações acadêmicas era o caráter tecnocrático dos planos urbanísticos do período, os quais eram produzidos por experts sem a participação da população diretamente impactada, com pouca ou nenhuma pretensão de efetividade[11] e que escamoteavam "interesses da apropriação

[9] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson de Abreu Dallari e Daniela Libório Di Sarno. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 10. ed. atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 393 e 363; SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 41 e 49; LAUBADÈRE, André. *Traité élémentaire de droit administratif*: la fonction publique, les domaines administratifs, l'expropriation, la réquisition, les travaux publics, la construction, l'urbanisme, l'aménagement du territoire, les actions foncière et rurale. 5. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand. 1970. t. 2. p. 400. COSTA, Igor Sporch da. *Para além das semelhanças...*

[10] Entre estas exceções deve-se mencionar a "Carta de Embu", de 1976, por meio da qual alguns juristas brasileiros definiram algumas das principais bases do Direito Urbanístico brasileiro, entre as quais, pode-se mencionar as discussões acerca do "solo criado" e da "função social da propriedade".

[11] Esta afirmação poderia ser ilustrada pelo Plano Doxiadis, de 1965, para a cidade do Rio de Janeiro, o qual foi redigido e entregue em inglês, num período em que, no Brasil, o número de pessoas incapazes de ler e escrever em português era próximo aos 40% da população nacional. Conforme Flávio Villaça, os diversos estudos produzidos por órgãos técnicos e universidades também tiveram o mesmo fim dos planos: peças retóricas, pois, os diagnósticos produzidos não influenciaram o processo decisório. (VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK,

capitalista da cidade"[12]. Portanto, segundo Flávio Villaça, a verdadeira ordenação sócio-espacial brasileira era realizada pelas leis municipais de zoneamento e de uso e ocupação dos solos e por planos nacionais, regionais e/ou setoriais – referentes a algumas ações e políticas públicas específicas.

Em todos estes casos, prescindia-se da participação popular. De um lado, argumentava-se que as leis municipais de zoneamento, uso e ocupação do solo apresentavam um caráter técnico que não poderia ser alcançado pela maior parte da população, restringindo-se as discussões às camadas sociais de maior renda e, portanto, de maior instrução formal. Lado outro, os planos nacionais, regionais e/ou setoriais eram impostos pelo regime ditatorial[13].

Uma vez descritos estes antecedentes estão presentes os elementos para que se possa abordar a Política Urbana constitucionalmente prescrita e, por conseguinte, o processo de constitucionalização do Direito Urbanístico brasileiro, bem como o seu delineamento. Devido à importância destas discussões para o presente ensaio, elas serão apresentadas em apartado.

Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos. *O processo de urbanização no Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004. p. 190-191 e 215.)

[12] SILVA, Ana Amélia da. *Reforma urbana e o direito à cidade*. São Paulo: Polis, 1991. p. 18-20.

[13] Segundo Flávio Villaça, os planos urbanísticos da Primeira República foram, de fato, aplicáveis. Contudo, eles não contemplavam a maior parte da população, beneficiando, somente, as camadas mais abastadas da população.

A partir da Era Vargas, os planos tornaram-se cada vez mais tecnocráticos, porém, perderam sua aplicabilidade – o que reforçava a centralidade das leis municipais de zoneamento, uso e ocupação dos solos. Neste sentido, estas leis e o seu caráter segregacionista foi responsável pela construção do "muro invisível" que segmentava a "cidade legal" – consonante às leis locais, com acesso às redes de serviços etc. e onde vivem as camadas mais abastadas da população – e a "cidade ilegal ou informal" – dissonante daquele arcabouço normativo, fruto da autoconstrução dos moradores, sem acesso às condições de habitabilidade e que era objeto de políticas públicas de invisibilização, criminalização e remoção, conforme os interesse do mercado imobiliário.

Em termos macro territoriais, reforçam-se os planos nacionais, regionais e/ou setoriais de caráter tecnocrático e autoritário, o que se faz notar, principalmente, durante o período da ditadura civil-militar iniciada em 1964. (VILLAÇA, Flávio. *Op. cit.*, p. 190-191 e 212-225. Para maiores informações sobre a figura do "muro invisível e a oposição cidade/campo", vide: ROLNIK, Raquel. *A cidade e a lei*: legislação, política urbana e território na cidade de São Paulo. 3.ed. São Paulo: Studio Nobel: Fapesp, 2003.)

3. A Política Urbana constitucionalmente prescrita: notas sobre as bases propedêuticas do Direito Urbanístico brasileiro

Com a redemocratização, os movimentos sociais que foram silenciados pela repressão e aqueles que surgiram durante a ditadura conseguiram se rearticular e pautar algumas de suas demandas na Assembleia Constituinte[14]. Entre estes atores estava o Movimento Nacional pela Reforma Urbana que reunia diversos grupos sociais[15] e que foi responsável por apresentar uma Emenda Popular ao projeto de Constituição. A citada proposta de Emenda abrangia diversos aspectos, tais como: a função social da cidade e da propriedade; a politização da questão urbana, como meio de produzir, dialogicamente, as leis e atos normativos que incidiriam sobre a matéria; o direito à cidadania, compreendido como a

[14] Conforme Grazia de Grazia, os citados movimentos sociais buscaram criar, ainda na vigência da Carta de 1969, um arcabouço legal que conferisse aos Municípios meios de combater a especulação imobiliária e conter o crescimento urbano desordenado. Insere-se, neste cenário, o Projeto de Lei n. 775, de 03 de maio de 1998, que, segundo a autora: "[...] objetivava a melhoria da qualidade de vida nas cidades por meio de uma adequada distribuição da população e das atividades econômicas; o Estado tinha seus poderes ampliados para realizar desapropriações de imóveis urbanos visando à renovação urbana ou para combater a estocagem, taxava a renda imobiliária resultante de fatores ligados à localização do imóvel; criava instrumentos de controle do uso e ocupação do solo; estabelecia limites ao exercício da propriedade privada (imposto progressivo e edificação compulsória); reconhecia juridicamente a representação das associações de moradores; e possibilitava a participação da comunidade".

O citado projeto de lei foi enviado à apreciação da Câmara dos Deputados, mas, nunca foi objeto de deliberação. Os atores conservadores da esfera pública brasileira que se faziam presentes no Parlamento combateram-no, alegando que o mesmo maculava a livre iniciativa e estatizava os lotes urbanos sujeitos à propriedade privada. (GRAZIA, Grazia de. Estatuto da cidade: uma longa história com vitórias e derrotas. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana:* novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 21.)

[15] Conforme José Murilo de Carvalho e Ermínia Maricato, estes atores reuniam grupos de diversas correntes político-ideológicas, tais como: aqueles ligados à Igreja Católica, como as Comunidades Eclesiásticas de Base, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, a Juventude Operária Católica, e a Juventude Estudantil e Universitária Católica; partidos de esquerda e ligados ao movimento operário; "associações profissionais de classe média" – normalmente ligados às profissões liberais – e sindicatos; associações de arquitetos; grupos e partidos que se opuseram à ditadura; associações de moradores de classe média e de áreas pauperizadas. (CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania...*, p. 183-185; MARICATO, Ermínia. *É a questão urbana...*, p. 36-37.)

participação nas decisões políticas das cidades e como acesso às condições de vida e aos bens, serviços, infraestruturas e equipamentos urbanos[16].

Assim, as reivindicações do Movimento Nacional pela Reforma Urbana denotam a ampliação das demandas dos movimentos sociais urbanos surgidos no período ditatorial. Sem abandonar a satisfação de necessidades imediatas, estes atores passaram a pleitear a mudança estrutural da ordem urbana, como ilustra o trecho da entrevista de Luiz Paulo Teixeira Ferreira, citado por Ana Amélia da Silva:

> Olha, o movimento popular até 1985, ele tinha uma característica mais reivindicatória. De 73 a 85, até o final da ditadura militar. Nesse período é que nós começamos a discutir uma maneira que vinha mais do setor de intelectuais, que era o problema da Reforma urbana, entendendo que a cidade não era de todos, e a partir de então a cidade devia ser para todos (...). Até então, o movimento nascia com aquela bandeira de moradia, de creche, um movimento por um posto de saúde (...). Isto era exclusivamente reivindicativo. Ele queria um bem próprio, acabou, ele parava. Depois começou a perceber que a casa não é nada se não tiver asfalto, se não tiver esgoto, se não tiver escola, quer dizer é um direito aquele bem, é um direito para todo o conjunto, um direito a uma vida social com melhor qualidade. E, também, para incorporar a idéia de cidadão de que ele tem direito àquela cidade[17].

Segundo Paulo César do Lago, a proposta de Emenda Popular "alcançou 131.000 assinaturas de populares, bem acima das 30.000 exigidas como mínimo" e, além disso, diversas entidades nacionais e regionais eram signatárias da sobredita proposta[18]. Assim, o caráter universalista das sobreditas demandas e o forte apoio

---

[16] SILVA, Ana Amélia da. *Op. cit.*, p. 1-8.

[17] FERREIRA, Luiz Paulo Teixeira *apud* SILVA, Ana Amélia da. *Op. cit.*, p. 26.

[18] Para uma análise do processo de participação popular na apresentação e aprovação da Proposta de Emenda Popular pela Reforma Urbana e os seus reveses, vide: LAGO, Paulo César do. *Participação popular e reforma urbana*: da constituinte ao estatuto da cidade. 2010. Dissertação (mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010.

popular foram fatores responsáveis pela aprovação da sobredita Emenda Popular, a qual se incorporou ao texto final da Constituição em diversos dispositivos, notadamente, os artigos 182 e 183, insertos no Capítulo II – "Da Política Urbana" – do Título VII, da Constituição, dedicado à "ordem econômica e financeira".

Todavia, não se pode afirmar que a inserção dos citados dispositivos representou a vitória do Movimento Nacional pela Reforma Urbana. Afinal, o "Centrão" – formado por atores conservadores, muitos dos quais ligados ao setor imobiliário e que estavam presentes na Assembleia Constituinte[19] – inseriu mecanismos que objetivavam impedir, reduzir ou atrasar a eficácia – e, consequentemente, a efetividade – da Política Urbana constitucionalmente prescrita. Assim, embora o artigo 182 e 183 contenham as linhas gerais da política urbana constitucionalmente prescrita, a sua eficácia dependeria de regulamentação infraconstitucional. Os instrumentos que objetivam fomentar o cumprimento da função social da propriedade – insertos no §4º, do artigo 182 – foram prescritos de forma que sua aplicação se de desse de forma encadeada e sucessivamente, ao contrário da proposta do Movimento Nacional pela Reforma Urbana, segundo a qual, a aplicação destes mecanismos seria independente. No âmbito local, exigiu-se que os Municípios editassem Planos Diretores – experiências pouco exitosas devido ao tecnicismo na sua elaboração/implementação e à ausência de participação popular[20].

[19] Segundo Ana Amélia da Silva, a Subcomissão da Questão Urbana e do Transporte da Assembleia Constituinte era formada por catorze membros, cinco dos quais eram diretamente ligados ao setor imobiliário. Além disso, conforme afirma a autora, o Movimento Nacional pela Reforma Urbana não aferiu mais êxitos porquanto: houve intensa participação do setor imobiliário nas audiências públicas e demais formas de manifestações populares, quando das discussões dos temas para a elaboração do Capítulo da Política Urbana; nas Subcomissões em que a Emenda foi discutida, a participação dos contingentes de técnicos foi maior que a das forças de pressão política. Neste último aspecto, dois elementos prejudicaram o Movimento Nacional: a diversidade de demandas dos grupos que o compunham; a falta de recursos financeiros para custeio do deslocamento dos indivíduos ligados a este movimento social. (SILVA, Ana Amélia da. *Op. cit.*, p. 23 e 31.)

[20] Os artigos 182 e 183, da Constituição prescrevem: "Art. 182 – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, *conforme diretrizes gerais fixadas em lei*, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus

Posteriormente, juntaram-se ao Movimento Nacional pela Reforma Urbana outros movimentos sociais[21]. A atuação conjunta de todos estes atores foi responsável por inserir, mediante Emendas Constitucionais, novos elementos à Política Urbana prescrita pelo Texto de 1988. Dessa forma, por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, o direito à moradia que já figurava implicitamente, no inciso IV, do artigo 7º, como um direito fundamental[22], foi explicitado e inserido no rol dos direitos sociais.

habitantes. §1º – *O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana*. §2º – *A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*. §3º – As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. §4º – *É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento*, sob pena, sucessivamente, de: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. Art. 183 – Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. §1º – O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. §2º – Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. §3º – Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião". (Sem itálico no original.)

[21] Atualmente, podem-se citar como novos grupos envolvidos com a pauta da Reforma Urbana: o Movimento Passe Livre; o Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto; a Central de Movimentos Populares; o Movimento Nacional de Luta pela Moradia; os Movimentos Estudantis; os grupos organizados em razão dos impactos dos grandes eventos esportivos sediados pelo Brasil nos últimos anos; o Movimento Periferia Ativa; a Resistência Urbana; o Comitê Contra o Genocídio da Juventude Negra; o Movimento Mães de Maio. (ROLNIK, Raquel. Apresentação: as vozes das ruas: as revoltas de junho e suas interpretações. In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 13; VAINER, Carlos. Quando a cidade vai às ruas. In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 70; BRITO, Felipe; OLIVEIRA, Pedro Rocha de. Territórios transversais. In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 121-122.)

[22] Prescreve o inciso IV, do artigo 7º, da Constituição: "Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, *capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia*, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência

Neste mesmo sentido, os levantes populares ocorridos em 2013 – as "jornadas de junho" ou "revoltas de junho" – foram responsáveis pela edição da emenda Constitucional n. 90, de 15 de setembro de 2015, que inseriu o direito ao transporte[23] no sobredito rol do artigo 6º, do Texto Constitucional.

Todavia, a Constituição também sofreu impactos decorrentes da guinda neoliberal iniciada na década de 1990, cuja principal ilustração talvez seja a Reforma Gerencial do Estado brasileiro, consubstanciada, em suas linhas gerais, pela Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998. Entre os vários objetivos da citada Emenda Constitucional, tem-se a busca pela "racionalização" e "eficiência" – economicidade – da Administração Pública, consoante aos ditames do Consenso de Washington. Como decorrência desta nova orientação, alterou-se a redação do artigo 241, da Constituição[24], que passou a prescrever novos instrumentos de gestão associada de serviços públicos, os quais se apresentavam como importantes mecanismos para gerir as diversas espécies de arranjos territoriais, notadamente, aquelas previstos no §3º, do artigo 25, do Texto Constitucional[25].

A previsão constitucional da Política Urbana e, consequentemente, do Direito Urbanístico fomentaram a produção

social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim". (Sem itálico no original.)

[23] No que tange aos diversos antecedentes das "jornadas de junho" de 2013, vide: MOVIMENTO PASSE LIVRE – SÃO PAULO. Não começou em Salvador, não vai terminar em São Paulo In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 21-31.

[24] Prescreve o artigo 241, da Constituição: "Art. 241 – *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos*, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos". (Sem itálico no original.)

[25] Prescreve o §3º, do artigo 25, da Constituição: "Art. 25 – Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. [...] §3º – *Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões*, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum". (Sem itálico no original.)

teórica acerca da matéria. A produção acadêmica nos âmbitos jurídico e extrajurídico se intensificaram e, embora, ainda se concentrassem na análise de experiências locais, elas passaram a abordar, também, a compatibilidade destas experiências com o novo Texto Constitucional e com as suas posteriores alterações. Ao lado desta abordagem, surgiram estudos, principalmente nas Ciências Jurídicas, que buscavam interpretar e sistematizar os dispositivos constitucionais que, implícita ou explicitamente, permitiam delinear o Direito Urbanístico criado pela Constituição de 1988.

Estes novos estudos possibilitaram delimitar o elemento teleológico da Política Urbana constitucionalmente prescrita – o que ocupa papel central na própria definição do Direito Urbanístico. Eles conseguiram, também, extrair os princípios orientadores da disciplina e as bases sobre as quais se sustentam a sua autonomia. Ademais, eles permitiram apontar o campo de aplicação do Direito Urbanístico e as competências de cada um dos Entes Federados.

3.1 A centralidade do direito à cidade na definição da Política Urbana e do Direito Urbanístico brasileiro

Conforme o *caput* do artigo 182, da Constituição, a política urbana objetiva "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes". Este objetivo pode ser sintetizado na efetivação do "direito à cidade", visto como a expressão da dignidade da pessoa humana na produção do espaço – um direito humano conglobante que abarca todos os direitos fundamentais com expressão ou impacto espacial[26].

[26] O "direito à cidade" pode ser extraído de diversos documentos e conferências internacionais. Entretanto, atualmente, o principal marco definidor do conteúdo jurídico desta expressão encontra-se no II Fórum Social Mundial, de 2005, que editou a "Carta Mundial do Direito à Cidade". (NOVAES, Giovana; COSTA, Igor Sporch da. O direito à cidade e a política de transporte urbano coletivo: reflexões a partir da relação entre a definição da tarifa e a participação popular no município de Ponta Grossa-PR. *Revista dos tribunais sul*, São Paulo, v. 1, p. 35-104, 2013. p. 43. Para maiores informações sobre autores que compartilham esta mesma orientação, vide a bibliografia constante deste artigo.)

Em síntese, pode-se afirmar que o direito à cidade compreende dois sentidos. O primeiro se liga à participação dos indivíduos "nas decisões referentes à produção e ordenação do espaço"[27], possibilitando-lhes, "numa dimensão simbólica", a "apropriação deste mesmo espaço de modo a se sentirem membros da comunidade em que vivem, de se sentirem retratados na e pela paisagem urbana". O segundo sentido se vincula ao acesso "aos bens" – notadamente à terra urbanizada, uma das mercadorias mais raras e caras que existem no mundo – à "infraestrutura", às redes de serviços públicos e privados, aos equipamentos urbanos e "às condições sociais", ambientais e econômicas[28], permitindo que os

[27] A título ilustrativo podem-se mencionar como bases constitucionais deste primeiro sentido: o *caput*, o inciso II e o parágrafo único do artigo 1º; o *caput* e os incisos XIV, XXI, XXXIII do artigo 5º; os incisos do *caput* do artigo 14; os incisos XII e XIII, do artigo 29: "Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos*: [...] II – a *cidadania*; [...] Parágrafo único – *Todo o poder emana do povo*, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente, nos termos desta Constituição*. Art. 5º – *Todos são iguais perante a lei*, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIV – *é assegurado a todos o acesso à informação* e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; XXI – as *entidades associativas*, quando expressamente autorizadas, têm *legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente*; [...] XXXIII – *todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral*, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Art. 14 – A *soberania* popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, *nos termos da lei, mediante*: I – *plebiscito*; II – *referendo*; III – *iniciativa popular*. Art. 29 – *O Município reger-se-á* por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos *os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos*: [...] XII – *cooperação das associações representativas no planejamento municipal*; XIII – *iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado*". (Sem itálico no original)

[28] Podem-se citar como exemplos das bases constitucionais deste segundo sentido: o artigo 3º; o *caput* e o inciso XV, do artigo 5º; o artigo 6º; *caput* do artigo 225: "Art. 3º – Constituem *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*: I – *construir uma sociedade livre, justa e solidária*; II – *garantir o desenvolvimento nacional*; III – *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*; IV – *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. Art. 5º – *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à *liberdade*, à *igualdade*, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XV – é *livre a locomoção no território nacional em tempo de paz*, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. Art. 6º – São *direitos*

indivíduos "atribuam um significado" à cidade[29]. Dessa forma, o direito à cidade engloba, por exemplo: a liberdade de locomoção; a segurança; a participação política; a moradia; a educação; a saúde; o acesso aos serviços públicos; o lazer; a informação; a preservação do patrimônio histórico; a sustentabilidade; a justiça social e a cidadania[30].

Neste sentido, a Política Urbana prescrita constitucionalmente se caracteriza como "um conjunto de ações programadas e planejadas no âmbito estatal[31], fruto de um processo dialógico entre o Estado e a sociedade, que objetiva dar efetividade ao direito à cidade"[32]. Por sua vez, o Direito Urbanístico objetivo se apresenta como o conjunto de textos jurídico-normativos e normas

---

sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, *a moradia, o transporte, o lazer, a segurança*, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, *a assistência aos desamparados*, na forma desta Constituição. Art. 225 – *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". (Sem itálico no original.)

[29] A atribuição de um significado à cidade e a apropriação simbólica do espaço – que permitem que os indivíduos se sintam membros de determinada comunidade e se vejam retratados na e pela paisagem urbana – encontram suas bases em diversos dispositivos constitucionais, entre os quais, pode-se citar o caput e os incisos do artigo 216: Art. 216 – *Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*, nos quais se incluem: I – as *formas de expressão*; II – *os modos de criar, fazer e viver*; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, *edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais*; V – os c*onjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico"*. (Sem itálico no original.)

[30] COSTA, Igor Sporch da. *O urbanismo*..., p. 175-176.

[31] Apesar de definida no âmbito estatal, isso não significa que a Política Urbana se restrinja às ações dos Entes Públicos. Ao contrário, a sua execução pode se efetivar por uma miríade de formas jurídicas, como leis, atos unilaterais, processos, além da transferência, para o setor privado, por meio de contratos de gestão ou parecerias, por exemplo. (LEAL, Rogério Gesta. Gestão pública compartida e organizações sociais: um novo paradigma à administração pública. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (Org.). Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001. p. 35-110.) É por isso que António Francisco de Sousa afirma que os temas relacionados ao planejamento, no caso urbanístico, nem sempre podem se adequar às figuras jurídicas tradicionalmente concebidas. Afinal, os planos se dirigem para uma concretização futura, o que pode ocorrer por meio de inúmeras manifestações volitivas, passíveis de reorientações constantes, e sujeitas a um processo permanente de avaliação de efetividade. (SOUSA, António Francisco de. "Conceitos indeterminados" no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994. p. 129-132.)

[32] COSTA, Igor Sporch da. *O urbanismo*..., p. 175.

de decisão que têm por objeto as relações jurídicas decorrentes da produção[33] e da ordenação do espaço dirigidas à realização do direito à cidade. Em termos científicos, o Direito Urbanístico é o ramo do Direito que expõe, sistematiza e interpreta, os textos-jurídicos normativos e as normas de decisão acima mencionadas. Isto é, o Direito Urbanístico objetivo se constitui em objeto do Direito Urbanístico científico[34].

3.2 Os princípios do Direito Urbanístico brasileiro e a autonomia da disciplina

Esta caracterização permite extrair os princípios orientadores da disciplina e as bases sobre as quais se sustentam a sua autonomia. No que concerne ao primeiro ponto, o Direito Urbanístico brasileiro é regido pelos mesmos princípios que dirigem todos os ramos do Direito Público brasileiro – por exemplo, interesse público, legalidade, democratização etc.

Além dos sobreditos princípios, a doutrina brasileira – ainda que com algumas variações – constatou que o Brasil adotou a orientação espanhola – presente nas *Leyes del Suelo* de 1956 e 1976 – quanto aos princípios particulares desta disciplina. Assim, reunindo-se as diversas concepções doutrinárias sobre a matéria, tem-se como princípios do Direito Urbanístico brasileiro: o "princípio das ações urbanísticas como função pública"; o "princípio da repartição dos ônus e distribuição dos benefícios da

[33] A preocupação com as relações jurídicas decorrentes da produção do espaço – por exemplo, a formação de favelas e demais formas de aglomerados subnormais, a autoconstrução de moradias etc – torna o Direito Urbanístico brasileiro diferente das demais disciplinas jurídicas deste jaez existentes no restante do mundo.

[34] A construção desta noção foi realizada tomando como fundamento os conceitos apresentados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro – referente ao Direito Administrativo – e por José Afonso da Silva – relativo ao Direito Urbanístico. Para maiores esclarecimentos, vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27-48; SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 49-50.

urbanização"; e o "princípio da função social da propriedade urbana"[35].

O "princípio das ações urbanísticas como função pública" parte do reconhecimento de que o espaço físico é o resultado da ação transformadora do homem sobre o meio e que as ações de um indivíduo impactam na forma como as demais pessoas vivenciam a cidade. Logo, os Entes Públicos se apresentam como agentes reguladores e gestores destas transformações, competindo-lhes controlar e compatibilizar as citadas ações humanas, alocando as redes de serviços, equipamentos e infraestruturas públicas de forma racional, consoante às necessidades individuais e gregárias[36].

Longe de restringir todas as ações urbanísticas ao âmbito estatal, este princípio reconhece que as ações dos indivíduos – por exemplo, ao edificarem suas casas e ao circularem pelas vias públicas – são os principais meios que lhes possibilitam atribuir significação ao espaço.[37] Igualmente, o princípio admite que as ações urbanísticas materiais – por exemplo, a construção de equipamentos e redes de infraestrutura públicas – possam ser executadas pela iniciativa privada sob a supervisão dos Entes Públicos, os quais podem adotar instrumentos impositivos ou consensuais para atingir este desiderato. Ademais, ele impõe a

[35] Neste sentido, a sistematização mais usual é aquela apresentada por José Afonso da Silva e Regina Helena Costa, que reproduz as orientações de Antônio Carceller Fernández. Edésio Fernandes e Daniela Campos Libório Di Sarno acrescentam outros princípios não elencados pelos primeiros autores. Enquanto Miracy Barbosa de Sousa Gustin reduz estes princípios a uma tríade.

[36] Pode-se mencionar como uma das bases constitucionais deste princípio o caput do artigo 182, da Constituição.

[37] Assim, o "princípio das ações urbanísticas como função pública" reconhece que as favelas e demais estruturas da "cidade ilegal" que refletem a pobreza de grande parte da população não são "problemas" a serem removidos. Na verdade, estas estruturas urbanas são "soluções", elas são "fruto da engenhosidade dos seus ocupantes" para solucionar o problema de sua fixação espacial. Assim, elas indicam a necessidade de substituir a lógica das remoções por intervenções que contribuam à realização do direito à cidade de seus ocupantes. (LIRA, Ricardo César Pereira. *Concepção do programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e desenvolvimento da linha de pesquisa do direito da cidade por seu patrono*. Palestra proferida, em 12 de maio de 2014, no Seminário "Pesquisa científica em direito da cidade", ocorrido nos dias 12 e 13 de maio de 2014. Rio de Janeiro-RJ: Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.)

coordenação das ações dos Entes Federados e a participação popular na elaboração, execução e controle de intervenções urbanísticas.

O "princípio da repartição dos ônus e distribuição dos benefícios da urbanização" abrange dois aspectos. O primeiro é a recuperação do mais valor urbano, decorrente da realização das ações públicas de urbanismo. O segundo aspecto é a distribuição equitativa das vantagens e desvantagens provenientes das citadas ações, uma vez que, tradicionalmente, as vantagens são capturadas pelas camadas abastadas, ao passo que as desvantagens são impostas às camadas pauperizadas. Percebe-se, portanto, que o princípio se apresenta como uma leitura da igualdade material a partir da chave hermenêutica proporcionada pelo direito à cidade[38].

O "princípio da função social da propriedade urbana" também possui dois sentidos[39]. Conforme a primeira acepção, a função social se apresenta elemento conformador das prerrogativas proprietárias e não-proprietárias. Assim, ele confere ao proprietário poderes para se defender de atuações ilegítimas dos Entes Públicos e de terceiros, ao mesmo tempo em que atribui aos não-proprietários poderes para exigirem que o proprietário se abstenha da prática de determinadas condutas ou que ele exerça suas prerrogativas em consonância ao ordenamento jurídico. Consequentemente, a função social deixa de ser vista como uma emanação do dever-poder de polícia, para ser

[38] Assim, este princípio encontra fundamentos constitucionais nos incisos III e IV, do artigo 3º e no artigo 5º, ambos da Constituição. Também, podem-se citar como bases do "princípio da repartição dos ônus e distribuição dos benefícios da urbanização", os mecanismos de perequação presentes na Constituição – notadamente aqueles que se referem à repartição de recursos públicos, em razão das desigualdades locais e regionais – vem como o inciso III, do *caput* do artigo 145, do Texto de 1988, o qual prescreve: "Art. 145 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] III – *contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas*". (Sem itálico no original.)

[39] O princípio da função social da propriedade urbana encontra fundamento constitucional nos já citados §§2º e 4º, do artigo 182, bem como nos incisos XXIII, do artigo 5º, no inciso III, do artigo 170, os quais prescrevem: "Art. 5º – [...] XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a *propriedade atenderá a sua função social*; Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II – propriedade privada; III – *função social da propriedade*". (Sem itálico no original.)

compreendida como fundamento constitucional das ações dos Entes Públicos sobre os imóveis urbanos.

Conforme o segundo sentido, a função social se apresenta como princípio da destinação dos imóveis urbanos. A Constituição reenviou ao Poder Legislativo de cada Município a competência para definir quais os usos serão considerados adequados e/ou inadequados para cada um dos imóveis urbanos situados no território municipal[40]. Isto significa que a extensão de cada uma das prerrogativas proprietárias – notadamente o *ius utendi* – será definida a partir da análise dos diplomas normativos locais que incidem sobre a matéria.

Assim, a função social quebra a acepção abstrata e monista que caracterizou o direito de propriedade. O princípio revaloriza a posse como exteriorização da função social e os elementos concretos da relação jurídica proprietária. Além disso, o princípio reconhece a existência de múltiplos regimes jurídicos proprietários, caracterizados a partir de inúmeros parâmetros, tais como: os titulares do direito de propriedade; o objeto material deste direito; a localização do imóvel etc[41]. Não obstante esta revalorização, devem-

[40] PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964.

[41] Assim, tem-se o direito civil regulará parte das diversas relações jurídicas que tenham um determinado bem por objeto material – isto é, ele regulará as relações interindividuais – enquanto outros aspectos serão regidos pelos mais diversos ramos do direito, consoante o objeto de cada uma destas disciplinas.

Para maiores informações, vide, por exemplo: CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; RODRIGUEZ, Caio Farah. Propriedade: uma perspectiva experimentalista sobre direito de propriedade. In: BITTAR, Eduardo C.B.; SOARES, Fabiana de Menezes (Org.). *Temas de filosofia de direito*: velhas questões, novos cenários. Barueri: Manole, 2004. p. 205-219; SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*; COSTA, Igor Sporch da. De Moby Dick ao cardume ou sobre a multiplicidade dos regimes jurídicos proprietários: um esboço jurídico-econômico da função social do imóvel urbano. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; DEL NERO, Patrícia Aurélia. (Orgs.). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*: estudos em homenagem ao professor Luís Roberto Barroso e em comemoração dos vinte anos do Curso de Direito da UFV. Viçosa: Editora Universidade Federal de Viçosa, 2014. p. 205-236; PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.;* PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della "proprietà"*. Camerino: Jovene Editore, 1971; RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto*: studi sulla proprietà privata. Bologna: Società editrice il Mulino, 1981

se reconhecer alguns dos limites da construção doutrinária brasileira, como é o caso, por exemplo, da concentração de esforços teóricos nos efeitos da função social sobre a propriedade privada, restando discutir, portanto, os impactos do princípio sobre o regime jurídico dos bens públicos urbanos.

No que tange à autonomização do Direito Urbanístico, deve-se observar que esta deve ser considerada a partir de dois aspectos: a autonomia legislativa e a autonomia científica. No que concerne ao primeiro aspecto, tem-se que a autonomia legislativa foi expressamente reconhecida pelo inciso I, do artigo 24, da Constituição[42]. Todavia, a autonomia científica, à época, era questionada, pois, segundo José Afonso da Silva[43], a inexistência de uma lei que regulamentasse a Constituição – nos moldes das leis espanholas acima citadas – impedia que se considerasse o Direito Urbanístico como um ramo autônomo do Direito. Não obstante, o autor parecia reconhecer que esta situação era transitória devido ao crescimento constante da produção científica acerca da matéria, bem como ao aumento da oferta de disciplinas durante a graduação em Direito e de cursos de pós-graduação que abordavam o tema.

3.3 O campo de aplicação do Direito Urbanístico e a repartição das competências constitucionais jusurbanísticas

As caracterizações acima apresentadas permitem definir, também, o campo de aplicação do Direito Urbanístico. Afinal, o Texto de 1988 diferencia os vocábulos "cidade" e "urbano". O primeiro se relaciona a uma construção sócio-espacial que abrange as zonas rurais e urbanas e pode ultrapassar o território de um

[42] Prescreve o inciso I, do artigo 24, da Constituição: "Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal *legislar* concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e *urbanístico*".

[43] SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 43.

Município[44]. Por sua vez, o vocábulo "urbano" tem conotação eminentemente espacial – ligada ao solo –, em oposição aos vocábulos "rural"/"agrário" – ou seja, o "urbano" exclui a destinação do solo para fins de produção de gêneros primários[45].

Assim, as "funções sociais da cidade" não se restringem às atividades urbanas. Elas abarcam, também, as atividades rurais, notadamente diante da importância destas atividades para a economia de algumas localidades.

Todavia, isto não autoriza afirmar que o Direito Agrário é um capítulo do Direito Urbanístico, porquanto a incidência deste último nos espaços não-urbanos é limitada. Este último ramo do Direito se restringe à definição do macrozoneamento – divisão do território em zonas urbana, rural e de expansão urbana. Ademais, as ações urbanísticas abrangerão atividades de fomento e de expansão das redes de serviços públicos, tais como: a construção de escolas e de postos de saúde no campo; a melhoria das estradas municipais para facilitar o escoamento da produção e a circulação de pessoas para acessarem os serviços que não estão disponíveis no meio rural. Outrossim, conforme Paulo Affonso Leme Machado[46], as ações urbanísticas deverão se coordenar às ações da Política Agrária para: melhorar as condições de moradia dos trabalhadores rurais; proteger os recursos ambientais; prescrever regras sobre a deposição de rejeitos sanitários e domiciliares etc.

---

[44] Como comprovam, por exemplo, os já mencionados §3º, do artigo 25, o inciso XIII, do artigo 29, e o §2º, do artigo 182, todos da Constituição.

[45] Esta oposição pode ser verificada, por exemplo: no *caput* e no inciso XXIX, do artigo 7º, que prescrevem os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais; nos artigos 183 e 191, que prescrevem as hipóteses de usucapião espacial urbana – que exige a destinação do bem para fins de moradia – e rural – na qual o bem deve se destinar à produção, em regime de economia familiar, e à moradia dos ocupantes.

[46] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 378. Em sentido aproximado, vide: SAULE JÚNIOR, Nelson. *Capítulo III*: do plano diretor. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado:* lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 266-267; COSTA, Igor Sporch da. *Para além das semelhanças...*

Além disso, segundo Daniela Campos Libório Di Sarno[47], os diplomas jusurbanísticos incidirão sobre os imóveis localizados nos "distritos existentes dentro do território do município", observando-se as suas peculiaridades e fragilidades. Eles incidirão, também, nas "vilas ou pequenos aglomerados de casas", de forma a ofertar aos seus habitantes acesso às redes de equipamentos, infraestruturas e serviços públicos e privados, em consonância "às suas necessidades".

Estas considerações sobre o âmbito de aplicação do Direito Urbanístico permitem perceber a centralidade dos Municípios no que concerne à disciplina, o que se coaduna ao imaginário do período pós-ditatorial, marcado pela identificação entre o municipalismo e a democratização[48]. Entretanto, reconhecer a centralidade dos Municípios não significa que os demais Entes Federados sejam desprovidos de competência para atuar na matéria.

A repartição de competências constitucionais foi definida a partir de dois princípios: a preponderância de interesses e a eficiência – enquanto uma decorrência do princípio da subsidiariedade – os quais conformaram um modelo misto de repartição de atribuições. Assim, a Constituição enumerou as competências da União, atribuiu aos Estados as competências remanescentes e definiu de forma indicativa as competências municipais. Além disso, criaram-se campos específicos, em que se atribuiu à União diversas competências privativas que podem ser delegadas aos demais Entes Federados. Outrossim, criaram-se áreas

---

[47] DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri: Manole, 2004. p. 41-42.

[48] Para Ângela Moulin Simões Penalva Santos, naquela ocasião, o movimento municipalista se saiu vitorioso, por representar a contraposição à ditadura. A defesa do Município como ente federado perpassava a sua compreensão como *locus* ideal para uma nova cultura política. Esta, ao transferir parte das políticas sociais para a "esfera local de governo", possibilitaria "um maior controle social" sobre as ações públicas desenvolvidas. (SANTOS, Ângela Moulin Simões Penalva. Autonomia municipal no contexto federativo brasileiro. *Revista paranaense de desenvolvimento*, Curitiba, n. 120, p. 209-230, jan.-jun. 2011. p. 212 e 225-226.). Ademais, a elevação dos Municípios a entes federados representou uma quebra da tradição federalista brasileira que, conforme Victor Nunes Leal, construiu-se em detrimento do municipalismo. (LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*: o município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. são Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 112. No mesmo sentido: FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. p. 704.)

de comum atuação dos Entes Federados e se reservaram matérias sujeitas à competência concorrente, na qual à União se atribuem as competências para criar as disciplinas gerais, cabendo aos demais Entes Federativos suplementá-las, em consonância às suas especificidades.

Dessa forma, o artigo 21, da Constituição atribuiu à União a competência exclusiva acerca de diversas matérias atinentes ao Direito Urbanístico. Neste sentido, o inciso IX prescreve a competência da União para elaborar e executar os "planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social"[49]. O inciso XII, em suas alíneas, prescreve a competência federal para "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão" diversas atividades com impacto territorial, tais como: a produção de energia elétrica, o regime de portos e aeroportos e os serviços de transporte – rodoviário, aquaviário, ferroviário e aeroportuário – de caráter interestadual e internacional. O inciso XX lhe atribui o poder para criar as "diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos". O inciso XXI prescreve a competência para "estabelecer os princípios e diretrizes gerais para o sistema nacional de viação".

O artigo 22, da Constituição, refere-se às matérias de competência legislativa privativa da União e, nos incisos II, III, IX, X e XI, tem-se aquelas que mais diretamente se relacionam ao Direito Urbanístico. Segundo eles, à União compete legislar privativamente sobre: "desapropriação"; "requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra"; "diretrizes da política nacional de transportes"; "regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial"; "trânsito e transporte".

[49] Entre estes planos, pode-se mencionar, por exemplo, aquele de que trata o artigo 43, da Constituição, o qual prescreve a elaboração de "planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social". Igualmente, compete à União a elaboração de planos relacionados às políticas agrária, ambiental e de transportes – artigos 178, 187, 188 e 225. Também lhe compete a elaboração de planos de políticas públicas com impacto territorial, como os planos nacionais de educação e cultura – artigos 214 e 215.

A competência comum, prescrita no artigo 23, da Constituição, é exercida por todos os entes da Federação, sem que um ente limite os demais. As matérias abrangidas envolvem atividades administrativas, que se sustentarão em leis e atos administrativos expedidos por cada um dos Entes Federados, os quais deverão harmonizar as suas ações, mediante a fixação de parâmetros de cooperação, podendo empregar mecanismos como convênios e consórcios. Especificamente no tocante ao Direito Urbanístico, estas competências abrangem: a proteção dos monumentos notáveis – inciso III; as ações de promoção de programas de construção de moradias e a melhoria de condições habitacionais e de saneamento básico – inciso IX; e as ações para o combate às causas da pobreza e os fatores de marginalização – inciso X.

A competência concorrente, conforme o artigo 24, da Constituição, é aquela em que a União cria parâmetros gerais e principiológicos, atuando plenamente na área administrativa, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal adequarem estes parâmetros às suas realidades[50]. Se a União não criar os citados parâmetros, os mencionados Entes Federados exercerão a "competência legislativa plena", criando os parâmetros em consonância às "suas peculiaridades", atuando administrativamente com fundamento nestes diplomas legais. Porém, quando a lei federal for criada, os sobreditos Entes Federados deverão se ajustar ao novo regramento jurídico, suspendendo-se a eficácia dos dispositivos estaduais e/ou distritais que contrariem o novo regramento federal.

O inciso I, do artigo 24, prescreve textualmente, que o direito urbanístico se constitui em competência concorrente. Além disso, outras matérias relacionadas à disciplina urbanística também se inserem neste grupo: os orçamentos públicos – inciso II; o controle da poluição e a proteção do patrimônio imobiliário – incisos VI, VII

[50] Neste sentido, os Estados e o Distrito Federal devem editar planos de políticas setoriais para adequar as determinações dos planos nacionais e regionais às suas realidades.

e VIII; e a proteção e integração "das pessoas portadoras de deficiência" – inciso XIV.

Conforme o artigo 25, além das competências citadas, aos Estados atribuíram-se a competência para "explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado", nos termos do §2º. Como já se mencionou, eles também são competentes para instituir as regiões "metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões", nos termos do §3º, e, além disso, eles têm competências remanescentes, nos termos do §1º, do citado artigo[51].

A Constituição de 1988 empregou, como técnica para prescrever as competências municipais, o seu tratamento conjunto no artigo 30. Assim, embora os Municípios não figurem no *caput* do artigo 24, como detentores das competências concorrentes nele contidas, esta atribuição lhe é garantida. O inciso I, do artigo 30, prescreve que os Municípios têm competência para legislar sobre matérias de interesse local e o inciso II prescreve, expressamente, que os Municípios são competentes para "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber"[52].

Dessa forma, os Municípios possuem competência para legislar sobre Direito Urbanístico, o que está em consonância com o restante do artigo 30. Este prescreve a competência municipal para: "criar, organizar e suprimir distritos" – inciso IV; "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial" – inciso V; promover, "no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do

[51] Por sua vez, ao Distrito Federal, nos termos do §1º, do artigo 32, atribuem-se as competências legislativas reservadas aos Estados e aos Municípios.

[52] Assim, o sistema brasileiro se caracterizaria por um duplo sentido. De um lado, assuntos de interesse nacional e estadual podem, também, constituir-se em assuntos de interesse local, o que autoriza os Municípios a legislarem sobre os mesmos, desde que respeitadas as determinações constitucionais acima mencionadas. Lado outro, assuntos que antes se consideravam de interesse eminentemente local – como, por exemplo, o zoneamento urbano – tornaram-se assuntos de interesse de outros municípios, dos Estados e da União – como ilustram os já mencionados arranjos territoriais de que tratam o §3º, do artigo 25 e o artigo 241, ambos da Constituição.

parcelamento e da ocupação do solo urbano" – inciso VII; e proteger o "patrimônio histórico cultural local" – inciso IX. Enfim, conforme o já citado artigo 182, aos Municípios compete o desenvolvimento da política urbana e a criação dos planos diretores[53].

4. O direito urbanístico encurralado: a busca da efetivação do direito à cidade X o liberalismo conservador brasileiro

Como se viu, o delineamento constitucional do Direito Urbanístico é fruto de tendências e orientações conflitantes, representadas pelos grupos e movimentos sociais antagônicos que compunham a esfera pública brasileira e, ainda hoje, participam dela. Porém, esta caracterização não se restringe ao Texto de 1988, mas, fez-se presente no processo de regulamentação infraconstitucional e de aplicação deste ramo do Direito.

Assim, a compreensão dos efeitos da constitucionalização do Direito Urbanístico brasileiro não depende somente das análises já esboçadas. Ela exige, outrossim, o exame de outros elementos, quais sejam: alguns dos principais marcos legislativos atinentes à matéria; a forma como a Política Urbana é executada pelos Entes Federados; e a aplicação do Direito Urbanístico realizada pelo Poder Judiciário.

A apreciação dos sobreditos aspectos pode ser segmentada em dois conjuntos. Há, de um lado, as medidas relacionadas à efetivação do direito à cidade. Lado outro, encontram-se aquelas medidas que adotam um viés neoliberal conservador contrário ao próprio Texto Constitucional. Afinal, estas últimas perspectivas objetivam enfraquecer o controle público e popular sobre a produção espacial e, também, manter o *status quo*, em detrimento do caráter emancipatório ínsito ao direito à cidade.

[53] Além disso, os Municípios são competentes para editar os planos de políticas setoriais, com o escopo de adequar as determinações nacionais, regionais e estaduais às suas especificidades e realidades locais.

4.1 Regulamentação infraconstitucional, execução e aplicação do Direito Urbanístico: a busca da efetivação do direito à cidade

Embora o Movimento Nacional pela Reforma Urbana pretendesse que as regras constitucionais atinentes ao Direito Urbanístico fossem autoaplicáveis, as pressões de grupos conservadores e de atores ligados ao mercado imobiliário impediu que este desiderato fosse alcançado. Dessa forma, a redação final do *caput* do artigo 182, do Texto de 1988, vinculou a eficácia plena da Política Urbana à sua regulamentação infraconstitucional.

Para atender o mencionado mandamento constitucional, em 31 de agosto de 1990, apresentou-se à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 5.788, que objetivava regulamentar a Política Urbana constitucionalmente prescrita. Ele subvertia a lógica tradicional que sempre orientou a elaboração de projetos de lei brasileiros. De um lado, ele contou com a intensa participação popular, capitaneada pelo Movimento Popular pela Reforma Urbana. Lado outro, ele foi desenvolvido a partir de uma metodologia indutiva que considerou os diversos estudos sobre os instrumentos e as experiências locais e estrangeiras para a efetivação do direito à cidade, bem como os resultados da Conferência Habitat II, realizada em Istambul[54].

Este Projeto tramitou, durante onze anos, por diversas Comissões da Câmara, em que se travaram inúmeros embates entre os setores ligados à especulação imobiliária e o Movimento Nacional pela Reforma Urbana[55]. Finalmente, em 10 de julho de 2001, aprovou-se a Lei n. 10.257, autodenominada "Estatuto da Cidade".

---

[54] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *The habitat agenda*: Istanbul declaration on human settlements. Disponível em: <http://unhabitat.org/wp-content/uploads/2014/07/The-Habitat-Agenda-Istanbul-Declaration-on-Human-Settlements-2006.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018; FICHAS da Agenda Habitat. Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos humanos – Habitat II, Istambul, junho de 1996. In: SAULE JÚNIOR, Nelson (Org.). *Direito à cidade*: *trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad e Instituto Polis, 1999. p. 320-393.

[55] Conforme José Borzacchiello da Silva, os "ganhos contidos no Estatuto da Cidade explicam sua longa tramitação. O encaminhamento do Projeto de Lei teve forte reação dos setores ligados à especulação imobiliária. De 1988 até sua aprovação, o Projeto de Lei foi enviado para exame às diversas Comissões

Ainda em 2001, editou-se a Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro, que regulamentou a concessão de uso especial para fins de moradia e criou o Conselho Nacional das Cidades – Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano. Este se caracteriza como órgão deliberativo e consultivo, vinculado à Presidência da República, e ocupado de dirigir, fixar parâmetros normativos, orientar e acompanhar a execução da Política Urbana[56].

---

da Câmara Federal de acordo com os temas abordados. Distribuído originariamente à Comissão de Viação e Transporte, Desenvolvimento Urbano e Interior (depois subdividida em Comissão de Viação e Transportes – CVT – e Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior – CDUI), e à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação (CCJR), a proposição teve audiência solicitada pela Comissão de Economia, Indústria e Comércio (CEIC) e pela Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias (CDCMAM).

Somente em outubro de 1997, o Estatuto da Cidade logrou ser aprovado na forma de um Substituto na primeira das comissões, a CEIC. A CDCMAM, por seu turno, aprovou o projeto no final de 1998, também na forma de um Substitutivo que aproveita o texto da CEIC e o aperfeiçoa com algumas emendas. A CDCMAM requereu e obteve a redistribuição do projeto, motivo pelo qual o seu parecer tem o *status* regimental de parecer de mérito.

Coube a CDUI, tida por principal comissão de mérito, a análise geral da matéria tratada pelo PL 5.788/90 e seus apensos". (SILVA, José Borzacchiello da. O Estatuto da Cidade e a reforma urbana no Brasil. *GEOUSP*, São Paulo, n. 10. p. 9-26, 2001. p. 13 e 17-23.)

[56] Os artigos 10 a 14, da Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001, prescrevem: "Art. 10 – Fica criado o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU, órgão deliberativo e consultivo, integrante da estrutura da Presidência da República, com as seguintes competências: I – propor diretrizes, instrumentos, normas e prioridades da política nacional de desenvolvimento urbano; II – acompanhar e avaliar a implementação da política nacional de desenvolvimento urbano, em especial as políticas de habitação, de saneamento básico e de transportes urbanos, e recomendar as providências necessárias ao cumprimento de seus objetivos; III – propor a edição de normas gerais de direito urbanístico e manifestar-se sobre propostas de alteração da legislação pertinente ao desenvolvimento urbano; IV – emitir orientações e recomendações sobre a aplicação da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, e dos demais atos normativos relacionados ao desenvolvimento urbano; V – promover a cooperação entre os governos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e a sociedade civil na formulação e execução da política nacional de desenvolvimento urbano; e VI – elaborar o regimento interno. Art. 11 – O CNDU é composto por seu Presidente, pelo Plenário e por uma Secretaria-Executiva, cujas atribuições serão definidas em decreto. Parágrafo único – O CNDU poderá instituir comitês técnicos de assessoramento, na forma do regimento interno. Art. 12 – O Presidente da República disporá sobre a estrutura do CNDU, a composição do seu Plenário e a designação dos membros e suplentes do Conselho e dos seus comitês técnicos. Art. 13 – A participação no CNDU e nos comitês técnicos não será remunerada. Art. 14 – As funções de membro do CNDU e dos comitês técnicos serão consideradas prestação de relevante interesse público e a ausência ao trabalho delas decorrente será abonada e computada como jornada efetiva de trabalho, para todos os efeitos legais".

Em 2003, criou-se o Ministério das Cidades que, juntamente com o Ministério da Integração Nacional – criado em 1999 – desenvolveram as políticas públicas brasileiras de ordenação especial. Enquanto o último órgão se concentrava sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Regional – ocupando-se dos planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social e da integração entre os planos setoriais e estaduais – o Ministério das Cidades concentrava suas ações na Política Urbana e na articulação das diversas políticas setoriais indispensáveis à efetivação do direito à cidade.

Assim, a criação destes marcos legislativos e institucionais inauguraram uma nova fase no que concerne ao Direito Urbanístico brasileiro. Inicialmente, a regulamentação dos artigos 182 e 183, da Constituição, possibilitou a eficácia plena do regramento constitucional da Política Urbana, o que é a primeira condição para a efetivação do direito à cidade. Ademais, a existência de uma lei específica sobre a matéria resolvia as questões atinentes à autonomia didática da disciplina.

Outrossim, os instrumentos constantes dos diplomas normativos citados indicam a substituição da orientação tradicional acerca das ações e projetos de regularização fundiária urbana. Eles possibilitam compreender que a regularização fundiária ultrapassa a mera regularização jurídica das ocupações para adotar uma noção ampla que abarca a regularização urbanística, ambiental, socioeconômica e legal destas áreas. Eles ainda permitem compreender que o direito fundamental à moradia é independente do direito de propriedade, o que significa que a remoção de áreas ocupadas se marca como medida excepcionalíssima. Assim, a segurança jurídica da posse – condição básica para a efetividade do direito à moradia das populações pauperizadas – pode ser efetivada por meio da concessão de direito real de uso, do direito de superfície, da concessão de uso especial para fins de moradia etc.

Dessa forma, a nova orientação sobre as ações e projetos de regularização fundiária indica a insuficiência dos instrumentos de

Direito Civil e de Direito Administrativo para tratar da questão das ocupações de imóveis urbanos e outros temas relacionados às transformações antrópicas do espaço[57]. Igualmente, as especificidades da gestão urbanística apontam que, não obstante ela apresente diversos pontos de contato com o Direito Administrativo[58], este ramo do direito também não abarca a complexidade ínsita ao tema.

Assim, a criação dos órgãos administrativos citados indica uma nova fase no que concerne ao desenvolvimento da capacidade institucional dos Entes Públicos para enfrentar a questão urbana brasileira. Entre as ações iniciais desta nova estrutura administrativa, podem-se mencionar, por exemplo: as inúmeras Conferências das Cidades, com o objetivo de subsidiar a criação dos planos diretores municipais e demais diplomas normativos referentes à Política Urbana; a "Campanha Nacional do Plano Diretor Participativo", que objetivou estimular os Municípios a cumprirem as regras e prazos prescritos pelo Estatuto da Cidade[59].

Além disso, inaugurou-se uma nova fase na produção teórica nacional. Esta nova fase se marcou pelo aumento da produção acadêmica e bibliográfica sobre o Direito Urbanístico, em especial

---

[57] Este é o caso, por exemplo, da ampliação da concepção de vizinhança trazida pelo Direito Urbanístico, a qual supera a acepção tradicional do Direito Civil, ligada aos imóveis lindeiros.

[58] "Esse panorama mostra a importância desta disciplina jurídica, independentemente de sua conotação como ramo jurídico autônomo ou não. Pode-se dizer que o direito urbanístico hoje é dotado de sistematização própria e de um campo próprio sobre o qual incidem suas normas e institutos. Apresenta-se identificado, não podendo mais ser visto como capítulo de outra disciplina jurídica.

Mas guarda estreito vínculo com o direito administrativo, utilizando vários institutos e normas deste, aos quais atribui, por vezes, traços diferenciados (exemplo: desapropriação para urbanização, desapropriação-sanção). Daí ser comum que os professores de direito administrativo assumam a sua docência". (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 181-182.)

[59] Inserem-se, ainda, neste cenário, outras medidas realizadas por outros órgãos e entes públicos. Este é o caso das demarcações de terras indígenas e das terras dos remanescentes das comunidades quilombolas, algumas das quais se localizam dentro do perímetro urbano. Outro exemplo pode ser encontrado em pesquisas financiadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA – acerca da aplicação de diversos instrumentos do Estatuto da Cidade, cujo objetivo é criar mecanismos e estratégias para a efetividade dos mesmos.

com a publicação de coletâneas que objetivavam comentar e esquadrinhar os novos diplomas normativos. Também ganharam novo vigor as publicações de obras de caráter geral e/ou manuais de Direito Urbanístico, bem como de livros específicos que objetivavam analisar, em profundidade, alguns instrumentos jusurbanísticos específicos.

Além dos sobreditos diplomas normativos e a criação dos citados órgãos administrativos, podem-se citar outros marcos legislativos importantes. Este é o caso, por exemplo, da Lei n. 11.107, de 06 de abril de 2005, que regulamentou o artigo 241, da Constituição, e definiu o regime jurídico dos Consórcios Públicos. Outras ilustrações são a Lei n. 11.124, de 16 de junho de 2005, que criou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, e a Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que criou as diretrizes nacionais da Política Nacional de Saneamento Básico.

Inserem-se, ainda, neste cenário os mecanismos de regularização fundiária de interesse social – a demarcação urbanística e a legitimação da posse – criadas pela Lei n. 11.977, de 07 de julho de 2009. Estes instrumentos representam o paradoxo que marcaria o futuro da regularização fundiária urbana. De um lado, eles se inserem na noção ampla de regularização fundiária, pois, não se restringem à regularização jurídica dos imóveis, mas, exigem a adequação urbanística da área ocupada. Lado outro, o regime jurídico da legitimação da posse retoma a identificação do direito à moradia com o direito de propriedade. Afinal, após cinco anos da outorga do título de legitimação, o beneficiário do título pode convertê-lo em direito de propriedade – o que insere estes bens no mercado formal de terras e sujeitava os indivíduos às pressões dos grandes e pequenos empreendedores imobiliários.

Além disso, pode-se mencionar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.842/RJ, por meio da qual se questionava a constitucionalidade da instituição e regime jurídico da

região metropolitana do Rio de Janeiro[60]. Embora os Ministros não tenham chegado a um consenso sobre o regime jurídico constitucional das regiões metropolitanas, eles reconheceram que os parâmetros fixados pelas Cartas de 1967 e 1969 não se adequavam ao novo Texto Constitucional[61]. Além disso, outro efeito da decisão foi a modificação do projeto de lei que objetivava regulamentar os arranjos territoriais prescritos no §3º, do artigo 25, da Constituição, o qual, finalmente, foi aprovado, originando o "Estatuto da Metrópole" – Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015.

Podem-se citar, ainda, outras leis, como, por exemplo, a Lei n. 12.305, de 02 de agosto de 2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Neste mesmo sentido, pode-se mencionar a Lei n. 12.608, de 10 de abril de 2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC – o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil –SINPDEC – o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil – CONPDEC – e autorizou a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres. Enfim, tem-se a Lei n. 12.587, de 03 de janeiro de 2012, que criou as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, e a Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

4.2. O liberalismo conservador brasileiro: os reveses da Política Urbana e do Direito Urbanístico

Não obstante a criação do arcabouço legislativo e institucional acima mencionados, os 30 anos posteriores à promulgação da

[60] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.842/RJ*. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Rel.: Min. Luiz Fux. Red. Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 06 de março de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 22 abr. 2016.

[61] COSTA, Igor Sporch da. As "Regiões Metropolitanas no Banco dos Réus": "mínimo denominador comum" ou falta de convergência sobre o modelo institucional constitucionalmente adequado? In: Vânia Aieta; Arícia Fernandes Correia; Cláudia Franco. (Org.). *Cadernos de direito da cidade*: estudos em homenagem à professora Maria Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v., p. 109-157.

Constituição de 1988 também se caracterizaram por diversas ações e práticas contrárias à Política Urbana. Estas medidas foram orientadas por pressupostos que marcam o liberalismo conservador brasileiro e seus efeitos se voltaram à retirada das condições de efetividade indispensáveis à realização do direito à cidade.

Neste sentido, pode-se mencionar a Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, que buscava fixar novos parâmetros para a racionalização da gestão do patrimônio público imobiliário federal, mediante a instituição do Programa de Administração Patrimonial Imobiliária da União – PROAP. Uma das diretrizes deste programa, conforme a redação original dos artigos 37 e 45, da sobredita lei, era o desenvolvimento de ações de regularização fundiária, notadamente mediante alienação dos imóveis ocupados, destinando-se as receitas auferidas para a "amortização da dívida pública de responsabilidade do Tesouro Nacional".

Outro exemplo do paradoxo que caracterizou a Política Urbana brasileira pode ser encontrado no planejamento territorial. A União e os Estados federados ainda não se desincumbiram adequadamente de suas atribuições no que concerne à elaboração e aplicação dos planos territoriais. Nos casos em que estes documentos foram elaborados, constata-se a ausência de critérios aptos a definirem a localização – espacialização – dos diversos serviços, equipamentos e infraestruturas públicas, bem como a carência de mecanismos de avaliação dos resultados decorrentes da instalação dos mesmos. Dessa forma, os citados planos se caracterizam como cartas de boas intenções, mas, que não são operacionais, o que prejudica a sua efetividade[62].

Ao lado dos "planos sem obras", encontra-se outra forte tendência: as "obras sem planos". Neste caso, verifica-se que as citadas intervenções são definidas, muitas vezes sem considerar os

[62] A omissão federal e estadual majora, ainda que pragmaticamente, o papel dos Municípios, tornando-os os principais atores da ordenação territorial brasileira.

seus impactos sociais e territoriais[63]. Esta tendência pode ser ilustrada pelas intervenções realizadas em razão dos grandes eventos esportivos que se realizaram no Brasil nos anos de 2014 e 2016 e que, por exemplo, foram responsáveis por remoções de populações pauperizadas. Outra ilustração pode ser encontrada nas grandes obras de infraestruturas – por exemplo, a instalação de usinas hidrelétricas[64].

Fenômenos semelhantes encontram-se, também, nos planos elaborados pelos próprios municípios, pois, apesar das Conferências das Cidades e da "Campanha Nacional do Plano Diretor Participativo", capitaneadas pelo Ministério da Cidade, vários Municípios não cumpriram adequadamente suas atribuições. Esta afirmação pode ser ilustrada, por exemplo, pela alteração da redação do artigo 50, do Estatuto da Cidade. Conforme a versão original deste artigo, os Municípios obrigados a elaborar seus planos diretores deviam aprová-los em até cinco anos da entrada em vigor da citada lei nacional – isto é, até 10 de outubro de 2006. Todavia, até 2008, poucos Municípios tinham cumprido adequadamente a citada determinação legal, o que gerou diversas pressões sobre a União para dilação do prazo. Diante disso, editou-se a Lei n. 11.673, de 08 de maio de 2008, que prorrogou o prazo do artigo 50 para 30 de junho de 2008, com efeitos retroativos à data que originalmente constava do mencionado dispositivo legal.

Neste mesmo sentido, muitos Municípios não têm revisto seus planos diretores a cada dez anos, contrariando o artigo §3º, do artigo 40, do Estatuto da Cidade. Tem-se constatado, também, casos

[63] Sobre este aspecto, notadamente no que concerne aos planos municipais, vide: MARICATO, Ermínia. As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias: planejamento urbano no Brasil. In: ARANTES, Otília; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único*: desmanchando consensos. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 121-192; COPANS, Rose. *Empreendedorismo urbano*: entre o discurso e a prática. São Paulo: UNESP, 2005.

[64] Nestes casos, tem-se verificado, com frequência que, entre as medidas compensatórias a serem realizadas pelos empreendedores está a elaboração de planos municipais – planos diretores, planos de saneamento ou de habitação etc. – os quais, porém, tem-se caracterizado como planos tecnicistas e desprovidos de qualquer forma de participação popular real.

em que os planos são elaborados sem participação popular – ou com participação popular fictícia – o que macula o próprio Estatuto e os incisos XII e XIII, do artigo 29, da Constituição.

Outrossim, Municípios pequenos e desprovidos de capacidade institucional e de pessoal especializado têm contratado empresas e instituições de ensino para elaborarem os seus planos diretores. Porém, muitas vezes, os planos produzidos não se adequam à realidade local, encontrando-se casos em que uma mesma entidade entrega a diversos Municípios o mesmo plano diretor.

Não são raros, ainda, os casos de planos municipais – planos diretores, planos de educação etc. – que se caracterizam como meras cartas de intenções desprovidas de critérios de espacialização das intervenções. Também são comuns os casos de realização de intervenções não previstas nos planos, bem como da falta de destinação de recursos financeiros e materiais para a execução das parcas intervenções físicas previstas nos mencionados documentos.

Além disso, também se encontram casos de alterações legislativas em leis decorrentes dos planos diretores – por exemplo, as leis de zoneamento, uso e ocupação dos solos – e que não guardam qualquer compatibilidade com o citado documento. Há, ainda, casos de intervenções elaboradas em dissonância às regras dos planos diretores, as quais, muitas vezes, tem-se marcado pela adoção das remoções de populações pauperizadas de áreas de interesse do capital imobiliário, como ilustra, por exemplo, a operação urbana consorciada denominada "Porto Maravilha", na região central do Município do Rio de Janeiro.

Tem-se verificado, ainda, a dificuldade de os Municípios aplicarem os instrumentos prescritos pelo Estatuto da Cidade, notadamente aqueles constantes dos artigos 5º ao 8º – os quais regulamentam o §4º, do artigo 182, da Constituição – o que impede ou retarda a realização da função social da propriedade privada urbana[65]. Dificuldades semelhantes também são constatadas na

[65] Somando-se, por exemplo, os prazos procedimentais de aplicação dos instrumentos prescritos nos artigos 5º a 8º, do Estatuto da Cidade, e desconsiderando a fase judicial, ou a morosidade no processo

aplicação dos instrumentos de regularização fundiária, notadamente em razão do conservadorismo do Poder Judiciário e do Ministério Público[66] – este, aliás, tem demonstrado desinteresse em acompanhar e/ou promover ações judiciais em temas diretamente relacionados à efetividade da Política Urbana[67].

Outra ilustração do aludido paradoxo encontra-se no "Programa de Aceleração do Crescimento" – PAC –, no "Programa Minha Casa Minha Vida" – PMCMV – e nos demais programas federais concernentes ao acesso ao crédito imobiliário. Estes programas se caracterizam como medidas anticíclicas que objetivavam conter os efeitos da crise econômica de 2008, mediante a inversão de capitais públicos para o setor da construção civil devido, entre outros fatores, à extensão da sua cadeia produtiva.

Além disso, o PMCMV e os demais programas de acesso ao crédito imobiliário deixam a cargo exclusivamente da iniciativa privada a definição das áreas onde se edificarão as habitações de interesse social e aquelas destinadas às demais faixas de renda. Dessa forma, estes programas representam a manutenção da lógica que sempre caracterizou as políticas brasileiras voltadas à efetivação

---

administrativo, tem-se: um ano para o protocolo do projeto – inciso I, do §4º, do artigo 5º; dois anos para o início das obras – inciso II, do §4º, do artigo 5º; cinco anos de incidência da progressividade extrafiscal do Imposto fundiário municipal – *caput*, do artigo 7º; e mais cinco para o adequado e efetivo aproveitamento do imóvel nos termos do §4º, do artigo 8º, do mencionado Estatuto. Somados estes prazos, tem-se que o período compreendido entre o início da utilização dos instrumentos e a realização da função social é de, no mínimo, treze anos.

[66] FONTINELLI, Maria Gabriela Telles; COSTA, Igor Sporch da. A usucapião especial urbana coletiva vista pelos tribunais: apontamentos jurisprudenciais sobre os óbices e as possibilidades do instrumento para a concretização do princípio da função social do imóvel urbano. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 102, vol. 928. p. 101-184, fev. 2013; CORREIA, Arícia Fernandes; LUFT, Rosângela Marina; NASCIMENTO, Alessandra dos Santos; CALDAS, Bianca de Fátima Teixeira; LOPES, Evandro Dalbem; VASQUES, Pedro Henrique Ramos Prado; MENDONÇA, Rafael da Mota; SILVA, Cláudia Souza Mendes da; PESTANA, Juliana de Fátima Corrêa; LIMA, Luciana Albuquerque. *Não tinha teto, não tinha nada*: porque os instrumentos de regularização fundiária (ainda) não efetivaram o direito à moradia no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria de Assuntos Legislativos; IPEA, 2016. (Série pensando o direito; 60).

[67] SANTOS, Ângela Moulin Simões Penalva. Descentralização, participação e controle externo sobre os governos municipais no Brasil. *Geo UERJ*, Rio de Janeiro, a. 11, v. 2, n. 19, p. 17-43, 1º semestre de 2009.

do direito à moradia, marcadas pela financeirização, pela segregação sócio-espacial e pelo individualismo proprietário – segundo o qual, a propriedade privada é o principal meio de garantir a fixação espacial dos indivíduos[68].

Entre os diversos efeitos destes programas, os mais visíveis foram a gentrificação de inúmeras regiões, o aumento do valor do solo urbano etc. Todavia, também podem-se mencionar outros impactos, como, por exemplo, a remoção de populações pauperizadas das áreas centrais e a sua instalação em conjuntos habitacionais caracterizados pela repetição, homogeneização e péssima qualidade das construções, os quais se situam em áreas periféricas, distantes dos postos de trabalho e das redes de serviços, infraestruturas e equipamentos públicos.

Em muitas localidades, criaram-se diversas áreas de vazios urbanos situadas entre as zonas de urbanização consolidada e aquelas onde se situam as habitações populares. Consequentemente, para que estas últimas tenham acesso às redes acima citadas, necessariamente, elas deverão passar pelos vazios urbanos que, por conseguinte, valorizar-se-ão. Porém este acréscimo pecuniário – o mais valor urbano – será capturado pelos proprietários dos imóveis situados nestes vazios, sem que eles realizem as devidas contraprestações, o que contraria o "princípio da repartição dos ônus e distribuição dos benefícios da urbanização"[69].

---

[68] LUFT, Rosângela Marina. *Regularização fundiária urbana de interesse social*: a coordenação entre as políticas de urbanismo e de habitação social no Brasil a luz de experiências do direito francês. 2014. Tese (doutorado em cotutela em Direito da Cidade e em Droit Public et Fiscal). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Faculté de Droit de l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Rio de Janeiro/Paris. 2014.

[69] Estes avanços institucionais e legais, contudo, apresentam elementos paradoxais. Por exemplo, embora, a partir de 2009, os "investimentos em habitação e saneamento" tenham sido retomados, eles operaram numa ótica de financeirização e captura pelo mercado que: inflacionou o mercado de terras urbanas e contribuiu para a verticalização das cidades; flexibilizou parâmetros e índices urbanísticos em dissonância às hipóteses legalmente prescritas; fomentou a expansão dos limites das cidades, mediante incentivos à construção de empreendimentos residenciais para as classes abastadas em áreas afastadas – o que contribuiu para o aumento de veículos particulares trafegando nas vias públicas – ao mesmo tempo em que expulsou as camadas pauperizadas para áreas mais periféricas,

Ainda no que tange à manutenção da lógica tradicional das políticas brasileiras para a efetivação do direito à moradia, pode-se mencionar a Medida Provisória n. 759, de 22 de dezembro de 2016, posteriormente convertida na Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017. Embora este diploma normativo tenha inserido no ordenamento jurídico o "direito real de laje"[70], deve-se reconhecer que ele se marcou como o grande retrocesso das políticas de regularização fundiária, pois alterou a disciplina criada pela Lei n. 11.977, de 07 de julho de 2009, acrescendo um novo instrumento: a legitimação fundiária.

Segundo o artigo 23, da lei de 2017, a legitimação fundiária é "forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público", exclusivamente no âmbito da regularização fundiária urbana – 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". Assim, a legitimação fundiária se diferencia da legitimação da posse, pois, conforme os artigos 25 a 27, da Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, o último instrumento citado se aplica somente aos bens particulares e pode ser convertida em título de propriedade, após cinco anos da sua concessão ao ocupante do imóvel.

Segundo os diversos estudos elaborados a partir de ações públicas deste jaez, ambos os instrumentos – notadamente a legitimação fundiária – tendem a impedir a realização do principal objetivo das ações de regularização: a fixação espacial daqueles que

---

desprovidas das condições de habitabilidade, o que fomentou a ocupação de áreas destinadas à tutela ambiental; retomou a prática de despejos forçados, em dissonância aos textos jurídico-normativos; aumentou os atos violentos de expulsão destes indivíduos, mediante, por exemplo, incêndios propositais, principalmente nas "favelas bem localizadas na malha urbana"; e foi responsável pelo pequeno desenvolvimento de ações de regularização fundiária. (MARICATO, Ermínia. *O impasse da política urbana no Brasil*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 94; MARICATO, Ermínia. *É a questão urbana...*, p. 37-40.)

[70] A Lei n. 13.465, de 11, de julho de 2017, inseriu, no Código Civil, os artigos 1510-A a 150-E, os quais prescrevem, o regime jurídico do "direito real de laje".

ocupavam os citados imóveis e que foram beneficiados por estes títulos. Em ambos os casos, os beneficiários dos títulos se sujeitarão às pressões do mercado imobiliário formal. Consequentemente, estes indivíduos tendem a alienar os imóveis aos empreendedores imobiliários por um preço inferior ao seu real valor de mercado. Os valores recebidos pelos beneficiários do título somente lhes permitirão adquirir imóveis em áreas periféricas e desprovidas das benfeitorias e demais elementos indispensáveis à efetivação do direito à moradia. Ao mesmo tempo, as áreas onde se localizam os imóveis regularizados sofrerão ações de gentrificação, o que, em última análise, contribuirá para a manutenção da segregação sócio-espacial[71].

Um dos meios de afastar todos estes problemas e exigir o cumprimento do direito à cidade é o incremento da participação individual e coletiva mediante, por exemplo: a intensificação de manifestações públicas; a atuação no processo de elaboração e acompanhamento dos planos diretores e demais leis urbanísticas[72]; a presença nos conselhos gestores de políticas públicas; a proposição de ações judiciais etc. Todos estes expedientes objetivam desobstruir os canais comunicacionais e se opor à cooptação dos Entes e agentes públicos pelos atores do mercado imobiliário. Todavia, a criminalização da pobreza urbana e dos movimentos sociais tem-se

[71] Dessa forma, percebe-se que a nova sistemática da regularização fundiária e as regras concernentes à legitimação fundiária são inspiradas pelas orientações de Hernando de Soto. Para maiores informações, vide: DE SOTO, Hernando. *O mistério do capital*: por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo. Tradução: Zilda Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

[72] "É importante afirmar que os princípios de participação popular na gestão das cidades terão a sua eficácia totalmente dependente da capacidade de organização e de mobilização da sociedade civil, sobretudo através dos movimentos sociais organizados. Essa observação vale principalmente para os Planos Diretores, onde deverão ficar regulamentados elementos fundamentais para as cidades como leis de zoneamento, mecanismos indutores de investimentos, legislação de parcelamento do solo e vários outros instrumentos urbanísticos. E aí o risco que se corre, mais uma vez, é a sua elaboração sem participação popular, colocando-os novamente sob o controle tecnocrático de planejadores, como nos anos 70, onde a maioria se encontrava compromissada com os interesses da apropriação capitalista da cidade". (SILVA, Ana Amélia da. *Op. cit.*, p. 20.)

apresentado como verdadeiros impedientes à atuação de atores individuais e coletivos.

Enfim, pode-se mencionar a paulatina perda da capacidade institucional do Ministério da Cidade. Com o tempo, este órgão foi abandonando a sua atuação como grande agente articulador da Política Urbana brasileira, para tornar-se o gestor das medidas econômicas anticíclicas ligadas ao setor da construção civil. Este processo se intensificou a partir de 2008, quando as ações do Ministério passaram a se concentrar cada vez mais no PMCMV, nos demais programas federais de acesso ao crédito imobiliário e no PAC – caracterizado por uma série de intervenções que, muitas vezes, estavam divorciadas de quaisquer planos territoriais, incluindo-se os planos urbanísticos locais e que não guardavam qualquer relação com a efetivação do direito à cidade.

A paulatina perda da capacidade institucional do citado órgão somada à omissão federal no tocante ao planejamento territorial e à mudança do cenário político – marcada pelo recrudescimento das políticas sociais e pela intensificação das orientações liberais conservadoras brasileiras[73] – propiciaram que, em 2019, as atribuições dos Ministérios da Cidade e da Integração Nacional fossem reunidas no Ministério do Desenvolvimento Regional. Não obstante o pouco tempo de existência impossibilite avaliar a atuação do novo Ministério, pairam sérias preocupações quanto às atuais condições deste órgão contribuir para a efetividade do direito à cidade. Afinal, o Decreto n. 9.759, de 11 de abril de 2019, extinguiu diversos conselhos e órgãos colegiados de participação popular, cujas competências se relacionam diretamente às atribuições que foram transferidas dos órgãos extintos para o novo Ministério.

[73] Um dos efeitos destas orientações decore da não percepção do caráter sistêmico da corrupção investigada pela denominada "Operação Lava Jato", da Polícia Federal, mas de sua identificação ao PAC, ao PMCMV, aos demais programas de acesso ao crédito imobiliário e aos Ministérios que os geriam. Nesta lógica, um dos meios encontrados para "combater a corrupção" foi a extinção dos órgãos em que ela se concentraria e a sua substituição por uma nova estrutura que, em tese, seria imune a estas práticas.

Conclusão

Talvez o leitor, ao término deste ensaio, sinta-se desmotivado em engendrar esforços para estudar e/ou atuar na seara jusurbanística. Afinal, pragmaticamente, tudo leva a crer que os "30 anos da constitucionalização do Direito Urbanístico" tenham beneficiado as forças retrógradas. Esta crença em parte encontra fundamentos, mas, também, em parte, é falaciosa.

Como se viu, o processo de constitucionalização, a regulamentação infraconstitucional e a aplicação do Direito Urbanístico brasileiro se caracterizaram e, ainda hoje, marcam-se pelo embate entre dois grupos, entre dois projetos de cidade. De um lado estão os movimentos populares urbanos, com uma pauta de reivindicações sustentada no direito à cidade e na inclusão sócio-espacial. Do outro lado, encontram-se as forças conservadoras e os setores ligados ao mercado imobiliário formal com um projeto fundado no individualismo proprietário, na proteção à renda fundiária e na manutenção do *status quo* – marcado pelo viés segregacionista.

Estas duas visões antagônicas denotam que a cidade é uma arena em disputa, onde o segundo grupo apenas conseguiu retardar a eficácia do Texto Constitucional. Todavia, ele foi promulgado e com a entrada em vigor do Estatuto da Cidade e dos demais diplomas normativos compatíveis ao regramento constitucional, a Política Urbana ganhou sua eficácia plena. Dessa forma, reconheceu-se em definitivo a fundamentalidade do direito à cidade, elemento nuclear em torno do qual se edificou o Direito Urbanístico, como ramo autônomo do Direito, dotado de instrumentos aptos à altera a realidade excludente que caracteriza a realidade das cidades brasileiras.

Este potencial transformador do Direito Urbanístico é que tem motivado as forças retrógradas a empreenderem inúmeros esforços para retirar as condições de efetividade do direito à cidade. Entre estes esforços encontram-se tentativas de alterações

legislativas dissonantes à Constituição, omissões no cumprimento das atribuições constitucionais, óbices à aplicação dos instrumentos jusurbanísticos etc.

Porém, ainda que sem os holofotes da grande mídia, indivíduos sozinhos ou organizados em movimentos sociais permanecem na luta cotidiana para realizar o direito à cidade. Suas ações têm alcançado resultados como ilustram as "jornadas de junho de 2013", as conquistas quanto à efetivação do direito à moradia, mediante a regularização das áreas ocupadas e/ou a autoconstrução de empreendimentos imobiliários – demonstrando que existem alternativas face ao modelo tradicional de provisão de habitações de interesse social. No entanto, diversos instrumentos constantes do Estatuto da Cidade e das demais leis jusurbanísticas adequadas à Constituição ainda não foram devidamente manejados por estes atores sociais.

Todos estes aspectos indicam novas possibilidades de investigação acadêmica na seara do Direito Urbanístico. Estas devem adotar uma postura que reconheça, por um lado, as possibilidades e as limitações do Direito para a solução dos problemas urbanos e que, por outro, reconheça a importância das demais Áreas do Conhecimento Acadêmico-científico e a relevância dos saberes populares para alcançar este desiderato. Ademais, estas novas possibilidades de pesquisa devem adotar novas metodologias, orientar-se por investigações interdisciplinares e abordarem temas tradicionais e outros que foram pouco desenvolvidos. Neste sentido, abrem-se inúmeras linhas de investigação, entre as quais se pode mencionar: pesquisas sobre a função social da propriedade privada e pública; novas formas de gestão territorial; meios de realização e financiamento das ações urbanísticas; as práticas administrativas e jurisdicionais de tratamento de temas afetos à questão urbana; as formas alternativas de propiciar a fixação sócio-espacial dos indivíduos e a segurança jurídica da posse; mecanismos institucionais que prejudicam a aplicação dos instrumentos jusurbanísticos etc.

A partir dos resultados de investigações deste jaez, demonstrar-se-ão as incongruências das teses retrógradas e se esclarecerão pontos que, até então, eram nebulosos e, portanto, impediam a formação de consensos e prejudicavam as atuações daqueles que lutam pelo direito à cidade. Assim, abrir-se-ão novas frentes de embate e novas possibilidades de aplicação do direito objetivo, as quais podem orientar as ações dos atores individuais e sociais comprometidos com a efetividade do direito à cidade.

Portanto, a questão "30 anos da constitucionalização do Direito Urbanístico para quem?" não tem uma resposta óbvia e acabada, o que, aliás, somente beneficiaria as forças retrógradas – mediante a desmotivação dos demais atores sociais ou por meio do encobrimento da relação de dominação e segregação. Afinal, o direito à cidade, em sua feição de elemento teleológico do Direito Urbanístico, é um objetivo que está sempre a se efetivar, não em razão de sua carga utópica, mas, devido ao fato de que, por se configurar como o direito de viver a cidade, o direito de fazer parte dela e nela se ver, a sua realização somente pode ser feita cotidianamente.

Referências

ARANTES, Paulo Tadeu Leite. Agrocidades, agronegócio e o surgimento das comunidades rurbanas. *Jornal do Agronegócio*, Viçosa, a. 1, n. 5, p. 10, 2004.

BRITO, Felipe; OLIVEIRA, Pedro Rocha de. Territórios transversais. In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 115-123.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COPANS, Rose. *Empreendedorismo urbano*: entre o discurso e a prática. São Paulo: UNESP, 2005.

CORREIA, Arícia Fernandes; LUFT, Rosângela Marina; NASCIMENTO, Alessandra dos Santos; CALDAS, Bianca de Fátima Teixeira; LOPES, Evandro Dalbem; VASQUES, Pedro Henrique Ramos Prado; MENDONÇA, Rafael da Mota; SILVA, Cláudia Souza Mendes da; PESTANA, Juliana de Fátima Corrêa; LIMA, Luciana Albuquerque. *Não tinha teto, não tinha nada*: porque os instrumentos de regularização fundiária (ainda) não efetivaram o direito à moradia no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria de Assuntos Legislativos; IPEA, 2016. (Série pensando o direito; 60)

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Igor Sporch da. As "Regiões Metropolitanas no Banco dos Réus": "mínimo denominador comum" ou falta de convergência sobre o modelo institucional constitucionalmente adequado? In: Vânia Aiêta; Arícia Fernandes Correia; Cláudia Franco. (Org.). *Cadernos de direito da cidade*: estudos em homenagem à professora Maria Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v., p. 109-157.

_____. De Moby Dick ao cardume ou sobre a multiplicidade dos regimes jurídicos proprietários: um esboço jurídico-econômico da função social do imóvel urbano. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; DEL NERO, Patrícia Aurélia. (Orgs.). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*: estudos em homenagem ao professor Luís Roberto Barroso e em comemoração dos vinte anos do Curso de Direito da UFV. Viçosa: Editora Universidade Federal de Viçosa, 2014. p. 205-236.

_____. Para além das semelhanças: um ensaio sobre a autonomia e a simbiose entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 946, p. 187-230, ago. 2014.

_____. O urbanismo e o direito por um prisma interdisciplinar: um estudo sobre a produção normativa para a efetivação do direito à cidade. *Revista de direito administrativo* – RDA, Rio de Janeiro, v. 255, p. 161-192, set./dez. 2010.

DE SOTO, Hernando. *O mistério do capital*: por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo. Tradução: Zilda Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri: Manole, 2004.

ESPANHA. *Ley de 12 de mayo de 1956*. Sobre régimen del suelo y ordenación urbana. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1956/135/A03106-03134.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018.

ESPANHA. *Real Decreto n. 1346/1976, de 9 de abril*. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Disponível em: <https://www.boe.es/ buscar/pdf/1976/BOE-A-1976-11506-consolidado.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FICHAS da Agenda Habitat. Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos humanos – Habitat II, Istambul, junho de 1996. In: SAULE JÚNIOR, Nelson (Org.). *Direito à cidade*: *trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad e Instituto Polis, 1999. p. 320-393.

FONTINELLI, Maria Gabriela Telles; COSTA, Igor Sporch da. A usucapião especial urbana coletiva vista pelos tribunais: apontamentos jurisprudenciais sobre os óbices e as possibilidades do instrumento para a concretização do princípio da função social do imóvel urbano. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 102, vol. 928. p. 101-184, fev. 2013.

GRAZIA, Grazia de. Estatuto da cidade: uma longa história com vitórias e derrotas. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana:* novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 15-37.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Atlas do censo demográfico 2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. p. 20 e 107. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas>. Acesso em: 07 out. 2018.

LAGO, Paulo César do. *Participação popular e reforma urbana*: da constituinte ao estatuto da cidade. 2010. Dissertação (mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010.

LAUBADÈRE, André. *Traité élémentaire de droit administratif*: la fonction publique, les domaines administratifs, l'expropriation, la réquisition, les travaux publics, la construction, l'urbanisme, l'aménagement du territoire, les actions foncière et rurale. 5. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand. 1970. t. 2. p. 400.

LEAL, Rogério Gesta. Gestão pública compartida e organizações sociais: um novo paradigma à administração pública. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (Org.). Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001. p. 35-110.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*: o município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. são Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEFEBVRE, Henri. *A revolução urbana*. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

_____. *O direito à cidade*: o fenômeno urbano – sentido e finalidade da industrialização. O principal direito do homem. São Paulo: Documentos, 1969.

LIRA, Ricardo César Pereira. *Concepção do programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e desenvolvimento da linha de pesquisa do direito da cidade por seu patrono*. Palestra proferida, em 12 de maio de 2014, no Seminário "Pesquisa científica em direito da cidade", ocorrido nos dias 12 e 13 de maio de 2014. Rio de Janeiro-RJ: Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

LUFT, Rosângela Marina. *Regularização fundiária urbana de interesse social*: a coordenação entre as políticas de urbanismo e de habitação social no Brasil a luz de experiências do direito francês. 2014. Tese (doutorado em cotutela em Direito da Cidade e em Droit Public et Fiscal). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Faculté de Droit de l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Rio de Janeiro/Paris. 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARICATO, Ermínia. As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias: planejamento urbano no Brasil. In: ARANTES, Otília; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único*: desmanchando consensos. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 121-192.

_____. É a questão urbana, estúpido! In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 32-46.

_____. *O impasse da política urbana no Brasil*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson de Abreu Dallari e Daniela Libório Di Sarno. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 10. ed. atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1998.

MOVIMENTO PASSE LIVRE – SÃO PAULO. Não começou em Salvador, não vai terminar em São Paulo In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 21-31

NOVAES, Giovana; COSTA, Igor Sporch da. O direito à cidade e a política de transporte urbano coletivo: reflexões a partir da relação entre a definição da tarifa e a participação popular no município de Ponta Grossa-PR. *Revista dos tribunais sul*, São Paulo, v. 1, p. 35-104, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *The Vancouver declaration on human settlements*. Disponível em: <http://unhabitat.org/wp-content/uploads/2014/07/The_Vancou ver_Declaration_1976.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *The habitat agenda*: Istanbul declaration on human settlements. Disponível em: <http://unhabitat.org/wp-content/uploads/2014/07/The-Habitat-Agenda-Istanbul-Declaration-on-Human-Settlements-2006.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018.

PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della "proprietà"*. Camerino: Jovene Editore, 1971.

PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964.

RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto*: studi sulla proprietà privata. Bologna: Società editrice il Mulino, 1981.

RODRIGUEZ, Caio Farah. Propriedade: uma perspectiva experimentalista sobre direito de propriedade. In: BITTAR, Eduardo C.B.; SOARES, Fabiana de Menezes (Org.). *Temas de filosofia de direito*: velhas questões, novos cenários. Barueri: Manole, 2004. p. 205-219.

ROLNIK, Raquel. *A cidade e a lei*: legislação, política urbana e território na cidade de São Paulo. 3.ed. São Paulo: Studio Nobel: Fapesp, 2003.

SANTOS, Ângela Moulin Simões Penalva. Autonomia municipal no contexto federativo brasileiro. *Revista paranaense de desenvolvimento*, Curitiba, n. 120, p. 209-230, jan.-jun. 2011.

_____. Descentralização, participação e controle externo sobre os governos municipais no Brasil. *Geo UERJ*, Rio de Janeiro, a. 11, v. 2, n. 19, p. 17-43, 1º semestre de 2009.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira.* 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1994.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Capítulo III: do plano diretor. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado:* lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 255-294.

SILVA, Ana Amélia da. *Reforma urbana e o direito à cidade*. São Paulo: Polis, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Borzacchiello da. O Estatuto da Cidade e a reforma urbana no Brasil. *GEOUSP*, São Paulo, n. 10. p. 9-26, 2001.

SOUSA, António Francisco de. "Conceitos indeterminados" no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994.

VAINER, Carlos. Quando a cidade vai às ruas. In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 62-72.

VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos. *O processo de urbanização no Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004. p. 169-243.

11

30 anos de direito originário à terra: a eficácia do direito dos povos indígenas à terra

José Robson da Silva [1]
Rachel Dantas Libois [2]

Introdução

Desde os tempos coloniais o direito dos povos indígenas à terra é de certo modo reconhecido. É em 1934 que este direito é elevado a *status* constitucional e assim se mantém até os dias atuais. No entanto, até a Constituição de 1988 o Estado visava a integração dos povos indígenas à sociedade.

Desde modo, a Constituição de 1988 representa uma quebra no sistema de proteção, uma vez que reconhece as línguas, costumes e tradições dos povos indígenas, além de declarar que o direito à terra é originário e assim, anterior ao próprio Estado (SOUZA, 1992).

No artigo 67 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias é estabelecido que a União possui cinco anos para demarcar todas as terras indígenas existentes no país. No entanto, o decreto que regulamenta o processo demarcatório foi criado somente em 1996, oito anos após a promulgação da Constituição.

[1]. Graduado em História pela Faculdade Estadual de Filosofia Ciências e Letras de Jacarezinho; Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro; Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela Universidade Estadual de Ponta Grossa; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná; doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor adjunto da Universidade Estadual de Ponta Grossa. jrsrbons@uol.com.br.

[2]Bacharelanda em Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa. rachel.libois@hotmail.com

Assim, cabe analisar se após 30 anos da promulgação da Constituição o artigo 231, que trata do direito dos povos indígenas e especialmente o direito à terra, é de fato aplicado. Para tal, é necessário analisar o processo demarcatório e também o estado atual das demarcações.

O Brasil possuía em 2017 1306 terras indígenas, sendo que destas 537 não se encontram nem mesmo em processo demarcatório, 400 estão devidamente demarcadas e registradas no Cartório de Registro e Imóveis correspondente e/ou no Serviço de Patrimônio da União, outras 348 encontram-se em processo demarcatório e 21 são de propriedade das comunidades indígenas, as chamadas de terras dominiais (CIMI, 2018).

Por meio da pesquisa documental e bibliográfica pretende-se analisar os direitos dos povos indígenas na Constituição de 1988, dando especial atenção ao direito à terra. Para então, estudar os dados acerca das demarcações no Brasil e assim comparar o mandamento constitucional e o estado atual das demarcações.

Breve histórico do direito à terra até 1988:

O recém-nascido Estado brasileiro herdou a legislação portuguesa acerca dos povos indígenas. A política portuguesa era integracionista e assim se manteve no Brasil Colônia, a questão indígena regia-se pela Carta Régia de 1611, os indígenas eram tratados como gentios e declarava que:

> E os ditos Gentios serão senhores de suas fazendas nas povoações, assim como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer molestia, ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das Capitanias e logares, que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quiserem fazer.

O Estado português declarava que os povos tinham o direito de permanecer em suas terras, no entanto, visava a integração, para

tanto, deveria haver a sua "conversão á nossa santa fé Catholica" (PORTUGAL, 1611). Além disso, preconizava que os povos indígenas não poderiam ser submetidos a escravidão, seu trabalhado deveria ser remunerado.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho (SOUZA,1992, p.88) relata que em 1831 o Estado exonerou de fato todos os indígenas da servidão, em 1845 regulamentou as missões de catequese e a civilização dos indígenas. Criou-se uma estrutura administrativa para tratar a questão, no entanto, grande parte da responsabilidade continuava para Igreja.

Em 1850 o Estado brasileiro revoga as leis portugueses que tratavam da questão indígena e novas leis foram criadas, o ideal de integração não fora abandonado, mas alguns direitos sobre as terras que ocupavam foram reconhecidos os indígenas. Por outro lado, a Constituição de 1891 é omissa em relação aos povos indígenas. Assim passou-se a entender que era necessária uma lei especial que tratasse a respeito dos povos indígenas (SOUZA, p. 88, 1992)

Marés (SOUZA,1992, p. 89) explica que em 1910 foi criado o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais, reconhecido pela sigla SPI; com a criação deste órgão o Estado toma para si a questão indígena, retirando da Igreja essa responsabilidade. No entanto, ainda há a expectativa de civilização dos povos indígenas, visando o ideal da integração.

O Decreto 5.484 de julho de 1928 visava regular a "situação dos índios nascidos no território nacional". O Decreto mencionava graus de civilização e classificava os indígenas em categorias – nômades, aldeados, pertencentes a povoações indígenas e pertencentes a centros agrícolas, além de prever a tutela aos indígenas ainda não incorporados na dita "sociedade civilizada". Cabia aos funcionários do SPI prestar a assistência devida aos indígenas. Graças a tutela, os atos civis praticados pelos indígenas eram considerados nulos, somente eram válidos quando praticados pelo inspetor competente, um funcionário do SPI. (BRASIL, 1928).

A partir de 1950 o SPI passa a ruir, iniciando um processo de decadência administrativa fruto de corrupção, uso indevido de terras indígenas e inclusive venda de atestados de inexistência de indígenas, o que legitimava a venda da terra (SOUZA, 1992, p. 90).

A pedidos do Ministro do Interior, em 1967 foi realizada uma investigação acerca dos problemas ocorridos no SPI. A partir disso foi gerado um relatório, conhecido como "Relatório Figueiredo", este pretendeu visitar todas as reservas indígenas do Brasil, identificando ilegalidades. Foi concluído que ocorreram diversos casos de corrupção e torturas, no entanto, suas recomendações nunca foram obedecidas (BRASIL, 1968).

Em 1967 é criada a Fundação Nacional do Índio (Funai) e o SPI é extinto. Em 1973 o Estatuto do Índio é editado, Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1992, p. 90) entende que em certos aspectos essa nova legislação significava um retrocesso em relação à anterior de 1928. No período militar a relação do Estado com os povos indígenas variou entre integração compulsória e paternalismo.

Marés (SOUZA, 1992, p. 126), acerca do direito originário à terra, explica que o conceito de direitos indígenas sobre as terras que ocupam está presente no ordenamento jurídico desde há muito tempo. No entanto, é difícil encaixar o conceito de terra indígena no sistema jurídico e é ainda mais difícil entender sua natureza jurídica.

Nas primeiras legislações, a respeito das terras indígenas, declarava-se que certos espaços de terra ficavam reservados a colonização indígena, daí surge a expressão "Reservas Indígenas" que se mantém até os dias atuais.

A Constituição República da de 1891[3] não tratou acerca do direito dos povos indígenas. A terra indígena é finalmente entendida como categoria jurídica do Direito Brasileiro somente em 1934[4],

[3]BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

[4]_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 16 de julho de 1934.

quando a Constituição reconhece o direito à posse da terra indígena em seu artigo 129. A Constituição de 1967[5] mantém o tratamento a terra indígena trazido na Constituição anterior, somente complementando que a terra indígena está entre os bens da União. Faltava um último detalhe: proclamar que tal direito é originário. (SOUZA, 1992, p. 129).

A Constituição de 1988:

Em 1985 há o fim do regime militar e em 1988 uma nova Constituição está promulgada, dedicando um capítulo referente aos povos indígenas. Os direitos ali assinalados significaram uma revolução na relação entre o Estado e os indígenas. A Constituição garantiu a estes o direito de permanecer eternamente como índios. Marés (SOUZA, 1992, p. 91) inúmera sete principais novidades trazidas na nova Constituição: ampliação dos direitos indígenas, reconhecimento de suas crenças, línguas, organização e costumes; consideração do direito originário à terra; deu novo conceito a terra indígena; admitiu que existem direitos indígenas coletivos; deu mais garantias e detalhou a exploração dos recursos naturais em terras indígenas; proibiu a remoção de grupos indígenas sem a anuência do Congresso Nacional; e, " chamou-os índios de índios e lhes deu o direito de continuarem a sê-lo".

À luz da nova Constituição reconhece-se que os direitos dos povos indígenas são originários e nasceram antes do surgimento do Estado e do Direito. No entanto, como ensina Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1992) a legislação brasileira é duramente criticada em âmbito internacional. O Estado brasileiro dificulta o desenvolvimento do Fundo de Desenvolvimento Indígena, organismo da Organização das Nações Unidas.

A Constituição de 1988 revela um grande esforço no que diz respeito à proteção aos povos indígenas, no entanto, José Afonso da

[5] _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 24 de janeiro de 1967.

Silva entende que não houve um alcance satisfatório da proteção (2011, p. 855).

É reconhecida a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas, assim a existência dessa minoria é finalmente vista e são instituídas normas de proteção de sua singularidade étnica. José Afonso da Silva (2011, p. 857) ensina que o que identifica o indígena é o sentimento de pertencimento a uma comunidade indígena. A Constituição declara a ideia da autodeterminação ao afirmar que as terras ocupadas pelos indígenas são definidas como aquelas "necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições" (BRASIL, 1988).

A questão ligada às terras indígenas é o ponto central para estes povos, já que a terra tem um valor de sobrevivência física e cultural. Os outros direitos dos povos indígenas decorrem diretamente do direito à terra por eles ocupada, já que vem desta a sua sobrevivência física e cultural. (SILVA, 2011, p. 858).

A Constituição define que as terras indígenas demarcadas são propriedade da União, assim visando preservá-las, criando uma propriedade vinculada e reservada, de modo a garantir o direito dos povos indígenas sobre elas. Por isso, são terras inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis. José Afonso da Silva (2011, p. 850) entende que parágrafo 5º[6] do art. 231 consagra o princípio da irremovibilidade dos indígenas de suas terras. Nesse mesmo sentido, são nulos e inexistentes os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e posse das terras indígenas, além da exploração de suas riquezas.

O conceito de terras tradicionalmente ocupadas pode ser extraído da Constituição, segundo José Afonso da Silva (2011, p. 859) as condições para tal são:

[6] "É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco."

> 1) serem por eles (os indígenas) habitadas em caráter permanente; 2) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; 3) serem imprescindíveis à preservação dos recursos necessários a seu bem-estar; 4) serem necessárias a sua reprodução física e cultural (...)

O autor ainda explica que os institutos presentes - atividade produtiva, modo de utilização, etc. não devem ser conceituados conforme uma visão civilista e do modo de produção capitalista ou socialista. Terras tradicionalmente ocupadas não revelam um caráter temporal, mas sim ao modo tradicional que os indígenas as ocupam, utilizam e se relacionam. (SILVA, 2011, p. 860).

A ideia trazida pela Constituição ao declarar a posse permanente, não diz respeito ao passado, mas sim ao futuro, no sentido que essas terras são inalienáveis e indisponíveis, portanto, destinadas para sempre aos povos indígenas (SILVA, 2011, p. 862).

> Sua posse (indígena) extrapola da órbita puramente privada, porque não se é e nunca foi uma simples ocupação de terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. (SILVA, 2011, p. 861).

A lei brasileira utilizou-se de institutos já existentes no ordenamento jurídico para conceituar terra indígena, houve uma mistura de "(...) propriedade pública, estatal, e posse privada, mas coletiva, não identificada individualmente". No ordenamento jurídico brasileiro a terra indígena é uma propriedade do Estado, mas com posse permanente aos indígenas, podendo estes usufruir das riquezas naturais ali presentes. (SOUZA, 1992, p. 122).

A Constituição brasileira reconhece aos indígenas o direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas, além disso, entende ocupação tradicional como as terras habitadas pela comunidade em caráter permanente, das utilizadas para suas

atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Carlos Frederico Marés (SOUZA, 1992, p. 124) entende que por mais que a terra indígena seja propriedade da União, não se encaixa nas categorias de bem público, não é bem dominial ou bem especial ou de uso comum do povo. A terra indígena não permite o uso da União ou de qualquer cidadão, é somente de uso próprio do povo indígena. Desse modo, não se encaixa como propriedade no seu conceito legal. Porém, a terra indígena é passível de apropriação individual conforme os costumes do povo que ali habita, desse modo, é vedado o exercício do direito de propriedade nas terras indígenas, porém são válidas as normas do direito consuetudinário indígena.

Desse modo, a Constituição reconhece os direitos originários dos povos indígenas. Assim, basta que a terra esteja ocupada tradicionalmente por indígenas que se caracterizará como terra indígena, tornando-se propriedade da União, inalienável e indisponível, posse permanente e usufruto exclusivo dos indígenas. (SOUZA, 1992, p. 130).

A demarcação indígena cabe a União. O Ato das Disposições Transitórias em seu art. 67 determinava o prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição, para que a União concluísse todas as demarcações do país. No entanto, como explica José Afonso da Silva (2011, p. 864) o direito dos povos indígenas sobre a terra independe da demarcação, a demarcação é uma atividade da União que visa proteger os povos indígenas, sendo um ato meramente declaratório, na visão do mencionado autor.

A demarcação de terras indígenas

A Constituição de 1988 representa uma quebra no modo em que as Constituições anteriores tratavam os povos indígenas. Carlos

Marés (SOUZA, 2013, p. 21) esclarece que no século XIX entendia-se que o Poder Público deveria reservar terras para que os povos indígenas lá residissem, sem se preocupar com a relação que os povos indígenas tinham com suas terras originais. Além disso, as ditas terras reservadas serviriam de moradia aos indígenas até a sua integração na sociedade.

Do art. 231 da Constituição federal, é possível abstrair três ideais centrais referentes às terras indígenas: "1) o caráter originário deste direito; 2) a ocupação real e atual; 3) a forma tradicional de ocupação" (SOUZA, 2013, p. 21). Considerando o caráter originário das terras, Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2013, p. 22) entende que o direito à terra independe de ato do Poder Público para o reconhecimento. O ato da demarcação apenas serve para dar conhecimento à terceiros. A União tem a obrigação de demarcar e proteger as terras indígenas e quando não o faz é possível a intromissão do Poder Judiciário obrigando-a.

Desse modo, o direito à demarcação independe de ato do Poder Público, ele já existe antes mesmo da homologação, portanto, como ressalta o autor, o que define a demarcação é a ocupação indígena e não o ato administrativo, assim o ato que a reconhece é declaratório e não constitutivo. Deste modo, o processo demarcatório não pode estabelecer nenhum outro critério além daqueles previstos constitucionalmente.

O processo de demarcação das terras indígenas no Brasil é regulado pelo Decreto nº 1775/96, importante destacar que o art. 67 do Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias determinava que em cinco anos a partir da promulgação da Constituição a União deveria concluir a demarcação de todas as terras indígenas, considerando que entre a promulgação da Constituição e o decreto que regulamento a demarcação se passaram oito anos, o prazo estipulado pela constituição foi desrespeitado.

Conforme o decreto regulamentador a iniciativa para o processo de demarcação é do órgão federal de assistência do índio, a Funai. A demarcação se dá em terras tradicionalmente ocupadas

por indígenas e após a iniciativa do órgão de proteção a demarcação deve ser fundamentada por meio de trabalhos desenvolvidos por um antropólogo, além disso, a Funai designará um grupo técnico especializado que comandado pelo antropólogo deve realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental (BRASIL, 1996).

O grupo indígena envolvido no processo de demarcação deve participar do procedimento em todas as suas fases, conforme determinação legal. Após os trabalhos de identificação, o grupo técnico deverá apresentar um relatório nos moldes da Portaria nº 14/FUNAI(BRASIL, 1996).

É dado aos Estados e Municípios nos quais está localizada a terra a ser demarcada a oportunidade de manifestação a respeito do procedimento, isto é possível desde o início do processo até noventa dias de sua finalização(BRASIL, 1996).

Após o encerramento do prazo, a Funai deverá encaminhar ao Ministro de Estado da Justiça o procedimento, este poderá declarar de imediato, por meio de portaria, os limites da terra a ser demarcada; poderá prescrever as diligências necessárias; ou desaprovar a identificação, por meio de decisão fundamentada(BRASIL, 1996).

A terra indígena então delimitada por meio de portaria do Ministro da Justiça deve ser homologada por meio de decreto presidencial. Até trinta dias da publicação do decreto, a Funai deve promover no respectivo cartório imobiliário o registro da terra.

Cabe destacar que a Medida Provisória 870 de dois de janeiro de 2019 estabeleceu em seu artigo 21, inciso XIV que as terras indígenas são de competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. O parágrafo 2º, inciso II do mencionado artigo esclarece que a competência diz respeito "a identificação, a delimitação, a demarcação e os registros das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas".

Portanto, conforme a Medida Provisória parte das competências que antes eram da Funai passaram a ser do Ministério

da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, uma vez que a Medida Provisória revogaria tacitamente parte do Decreto 1.775. Até o término do presente artigo não houveram esclarecimentos legais de como se dará o novo processo demarcatório e a Medida Provisória ainda não foi apreciada pelo Poder Legislativo, conforme determina o art. 62 da Constituição Federal.

Muito se discute quanto ao tempo que o povo indígena deveria residir em determinada terra para que esta fosse demarcada, nesse sentido Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2013, p. 20) explica que é impossível exigir que os povos indígenas residam no mesmo local desde quando os portugueses invadiram o Brasil, uma vez que estes os "empurraram" do litoral para o interior do país, por outro lado, é errôneo acreditar que os povos se adaptam facilmente a outros lugares, transportá-los para outro lugar diferente daquele em que possuem o vínculo é no mínimo equivocado.

Nos anos 80 a política de transportar os povos indígenas de sua terra original para outra era comum e resultou em um número considerável de mortes. Marés (SOUZA, 2013) destaca o caso dos indígenas do povo Kreen-Akarore, também conhecidos como os Panarás. Este povo foi transportado do sul do Mato Grosso para o Xingu, onde viveu de forma infeliz até que recentemente conquistou o direito de voltar para o que restava de sua terra original. A relação que o povo indígena possui com a sua terra está diretamente relacionada com a sua identidade e expulsá-lo é declarar a morte de sua cultura, conforme esclarece o autor.

O estado atual das demarcações:

O Brasil em 2017, segundo o Conselho Indigenista Missionário (Cimi), possuía 1306 terras indígenas, sendo que destas somente 400 estão devidamente demarcadas, outras 348 encontram-se em processo demarcatório, outras 537 não se encontram em processo de demarcação, são ocupadas pelos povos indígenas, no entanto, o Estado não as demarcou e 21 são de propriedade da comunidade

indígena. Assim, 41,11% das terras ocupadas pelos povos indígenas encontram-se sem providências do Estado.

O Cimi (2017) apresenta o número de demarcações por presidentes desde o a promulgação da Constituição de 1988, a saber:

Presidente	Homologações
José Sarney (1985 - 1990)	67
Fernando Collor (Jan 1991 - Set 1992)	121
Itamar Franco (Out 1992 - Dez 1994)	18
Fernando Henrique Cardoso (1995 - 2002)	145
Luiz Inácio Lula da Silva (2003 - 2010)	79
Dilma Rousseff (Jan 2011 - Ago 2016)	21
Michel Temer (Ago 2016 - Dez 2016)	00

Tabela 2: Homologação de Terra por gestão presidencial. Cimi, 2017.

A presidenta Dilma Rouseff foi afastada de forma definitiva de seu cargo no ano de 2016, o que ocasionou grande instabilidade política no país, tal fato influenciou também a demarcação das terras indígenas (CIMI, 2017, p. 45). Mesmo assim, no ano de 2016 a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) identificou 9 terras indígenas, o Ministério da Justiça de declarou 10 terras e, 3 terras indígenas foram homologadas pela Presidência da República, além disso, 2 Grupos de Trabalho foram criados.

Conforme o relatório (2017, p. 45) o governo Dilma possui a menor média anual de homologações de terras indígenas desde a ditadura militar. Assim, em 2017 o Brasil passou a possuir 1.306 terras indígenas, no entanto, somente 400 possuem o processo administrativo finalizado. Neste mesmo ano, o Estado não havido tomado nenhuma providência acerca de 537 terras indígenas, portanto, há pendências administrativas a serem resolvidas. O estado do Amazonas se destaca, concentrando 206 terras nesta situação.

Em 12 de maio de 2016 Michel Temer assume a presidência e, conforme aponta o relatório (CIMI, 2017, p. 47), pouquíssimos foram os procedimentos realizados. Até o final de 2016 foram criados 3 Grupos de Trabalho e 3 terras indígenas foram identificadas.

Segundo dados do jornal Nexo (2017) a área total ocupada pelas terras indígenas corresponde a 13% do território nacional, o estado de Roraima concentra a maior parte das terras indígenas, com um total 46% do seu território. Em segundo lugar está o estado do Amazonas com 28% e em terceiro o estado do Pará com 22%. Estes estados concentram as maiores áreas de terras indígenas do país.

O decreto 1.775/96 determina que após todo o processo inicial de demarcação, haveria uma última análise por parte do Ministério da Justiça que em 30 dias deveria se manifestar e enviar o processo para a sanção da Presidência da República.

No entanto, como demonstra a pesquisa realizada pelo jornal Nexo (2016) esta fase final do processo é lenta. A terra indígena Cacique Fontoura foi declarada pelo Ministério da Justiça em 2010 e aguarda a homologação da Presidência da República há quase oito anos.

Em 2017, 61 terras aguardavam homologação da Presidência da República. Outras 55 aguardavam a portaria declaratória do Ministério da Justiça, entre elas, está a terra indígena Tumbalalá que aguarda desde 2012 a aprovação, ressalta-se que o prazo para análise pelo Ministro da Justiça é de 30 dias.

Em 2007 o Ministério Público Federal e a Funai firmaram um termo de ajustamento de conduta (TAC) que obrigava a Funai a entregar relatórios de identificação de todas as terras indígenas do estado do Mato Grosso do Sul. Tais relatórios deveriam ter sido entregues em 2009 para serem encaminhados ao Ministério da Justiça para sua aprovação e, posterior, homologação da Presidência da República. (MPF, 2017).

Em 2017 o Ministério Público Federal publicou em seu site oficial um texto denominado “TAC das Demarcações: uma década de descumprimento” no qual afirma que o descumprimento do TAC é uma “grave e inconcebível violação a direitos fundamentais garantidos expressamente no texto da Carta Política de 1988”. (MPF, 2017). Portanto, ressalta-se a importância da demarcação das terras indígenas para a garantia dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

O texto do MPF aponta também que o Mato Grosso do Sul possui a segunda maior população indígena do país, são cerca de 70 mil pessoas que ocupam somente 0,2% da área do estado. Cita-se o exemplo de uma reserva existe em Dourados com cerca de 3,6 mil hectares e 13 mil pessoas. Conforme dados atualizados obtidos a partir do site "Terras Indígenas" mantido pelo Instituto Socio Ambiental, a Reserva Indígena de Dourados conta, no ano de 2018, com 15.033 pessoas e três mil hectares.

Na maior parte do cone sul do Mato Grosso do Sul vivem as etnias Guarani e Kaiowá, os quais possuem a mesma origem étnica. O MPF aponta que estes povos vivem na miséria e muitas vezes os serviços básicos de saúde e educação têm que ser buscados pela via judicial. A comunidade de Laranjeira Nanderu deveria ter tido sua terra demarcada graças ao TAC, no entanto, vivem em uma pequena área de mata de uma fazenda e não possuem acesso a água potável ou energia elétrica e às vezes nem mesmo a alimentação. (MPF, 2017).

O Cimi (2017, p. 44) aponta que a violência contra o patrimônio indígena se dá pela expropriação da terra e de seus bens. O patrimônio indígena é composto por sua dimensão territorial e a maneira como este espaço é utilizado conforme as normas e costumes da sociedade indígena que o habita. Para além dos bens materiais, os bens imateriais, como os rituais, os saberes tradicionais, as línguas nativas, etc. também compõem o patrimônio indígena.

No ano de 2017 o Cimi (2018, p. 63) registrou 20 ocorrências de conflitos relacionados a direitos territoriais dos povos indígenas. Em de 2016 (2017, p. 65) foram registradas 12 ocorrências e em 2015 (CIMI, 2016**,** p.68) houveram o registro de 18 ocorrências relacionadas a conflitos territoriais.

Em 2017 os estados do Maranhão, Paraná, Rondônia e Santa Catarina possuíam o maior número de ocorrências, três em cada um, os estados do Amazonas e Rio Grande do Sul concentraram dois casos cada um, Bahia, Mato Grosso do Sul, Pernambuco e São Paulo concentraram um caso cada.

Destaca-se alguns casos ocorridos nos estados com maior concentração de violação de direitos possessórios. O Relatório produzido pelo Cimi (2018, p. 63) explicita que no Maranhão fazendeiros organizaram um ataque violento contra o povo Gamela, nesta ocasião 200 pessoas participaram do ataque, sendo que 22 membros da comunidade indígena ficaram feridos, dois foram baleados e outros dois tiveram suas mãos decepadas por golpes de facão.

No estado do Paraná no acampamento do povo Avá-Guarani famílias foram agredidas por um grupo de pessoas que utilizaram paus, pedras e facões. Barracos foram destruídos e queimados. Em Rondônia há uma intensa pressão de madeireiros sobre a Terra Indígena Uru-Eu-Wau-Wau, sendo que, conforme o relatório (2018, p. 64), 5.000 pessoas invadiram a Terra Indígena e são responsáveis pela intensificação do desmatamento, do garimpo, da pesca predatória e da venda de lotes, cerca de 100 hectares dentro da reserva foram desmatados e estão sendo vendidos por até 20.000 reais cada um. Conforme dados da Funai, obtidos pelo Cimi, quatro povos indígenas reconhecidos e outros três ainda isolados vivem no local.

No estado de Santa Catarina as demarcações das Terras do povo Guarani-Mbya estão paralisadas por iniciativa da Funai ou determinação judicial. Os Guarani estão privados de fazer suas roças, uma vez que a área está destruída pela invasão de gado e cavalos, além da exploração ilegal de palmito (2018, p. 65).

Ainda em 2017 (CIMI, 2018, p. 68) o Cimi registrou 96 casos relacionados a invasões possessórias, exploração ilegal de recursos naturais e danos diversos ao patrimônio. Os estados onde ocorreram às invasões são: Acre (8), Amazonas (16), Bahia (2), Ceará (1), Maranhão(8), Mato Grosso (8), Mato Grosso do Sul (5), Minas Gerais(1), Pará (19), Pernambuco (1), Rondônia (14), Roraima (6),Santa Catarina (2), Sergipe (1) e Tocantins (4). O relatório também aponta que os ataques mais comuns são as invasões, o desmatamento, a exploração ilegal, a contaminação de rios, queimadas e incêndios ilegais, contaminação por agrotóxico e caça e pesca ilegal.

Em 2016 (CIMI, 2017, p. 65) foram registradas 12 ocorrências de conflitos relativos a direitos territoriais nos seguintes estados: Amazonas(1), Mato Grosso (1), Mato Grosso do Sul (7), Pernambuco(1), Santa Catarina (1) e Rio Grande do Sul (1).

O Estado do Mato Grosso do Sul concentrou a maior parte dos ataques. As comunidades residentes nas terras KurusuAmbá, Dourados Amambai-Peguá e Guaiviry, dos povos Guarani e Kaiowá, foram atacadas. Segundo os relatos, houveram dois ataques na terra KurusuAmbá, sendo que em um deles homens em caminhonetes jogaram gasolina e atearam fogo nos barracos, além de atirar contra as pessoas. A terra KurusuAmbá está em processo demarcatório há quase 10 anos. A Funai deveria ter entregue o relatório de identificação em 2010, no entanto entregou somente no final de 2012 e este aguarda aprovação em Brasília. (CIMI, 2017, p. 65).

Ainda em 2016, a comunidade Guarani e Kaiowá residente no município de Caarapó, sofreu dois ataques em um período de um mês. Os ataques acontecerem no acampamento da comunidade na Fazenda Yvu, que está localizada na Terra Indígena Dourados Amambai-Peguá, portanto, este local é objeto de disputas entre o povo indígena e o proprietário da terra. A terra indígena encontra-se em processo demarcatório. Um dos ataques resultou na morte de Clodiodi Aquileu Rodrigues Souza, de 23 anos e agente de saúde indígena, este foi assassinado com dois tiros. Além dele, outros seis indígenas foram baleados, entre eles uma criança de 12 anos (CIMI, 2017). Um mês após este ataque, outro ataque ocorreu e três pessoas foram atingidas por tiros de arma de fogo. Na data do ataque a Força Nacional de Segurança estava na região.

No Rio Grande do Sul a comunidade do povo Guarani-M'Bya da terra de Capivari, teve sua área de moradia incendiada e parte da comunidade foi transferida para outra área afastada cujo acesso é dificultoso e outra parte foi levada para o município de Palmares do Sul. A comunidade vivia às margens da BR-040 há mais 40 anos (CIMI, 2017).

O relatório com dados de 2016 (CIMI, 2017, p. 68) registrou 59 casos relacionados a invasões possessórias, exploração ilegal de recursos naturais e outros danos às terras indígenas em 2016. Os estados do Maranhão e Rondônia concentram o maior número de casos (12) seguidos pelo Mato Grosso (9). Ocorreram vários tipos de danos, destaca-se: a contaminação por agrotóxico, a pesca predatória, o garimpo, a invasão, a caça ilegal e exploração de recursos naturais de forma ilegal.

As terras Alto Turiaçu, Caru, Araribóia, Krikati, Governador, Geralda/Toco Preto, Kanela e Gamela foram invadidas visando a caça e a extração ilegais de madeira. Em Rondônia as invasões foram incentivadas, segundo o Cimi (2017, p. 69) e os indígenas, pelos fazendeiros e políticos locais; diversas porções da terra foram queimadas pelos invasores. Na Bahia as lideranças indígenas denunciam o desmatamento da Terra Indígena Pataxó. Semelhante caso se deu no Acre em que a área de amortecimento entre a terra indígena e as fazendas foi atacada.

As comunidades residentes nas terras Apika'y e Ñhandeu Ru Marangatu localizadas no Mato Grosso do Sul denunciaram a respeito da água contaminadas por agrotóxicos despejados por fazendeiros. Ainda no Mato Grosso do Sul na terra indígena Kadiwéu há a retirada ilegal de madeira, suspeita-se que se utiliza documentação adulterada para tentar legalizar a retirada da madeira da área. (CIMI, 2017, p. 69).

A Fiocruz em parceria com o Instituto Socioambiental (ISA) realizou uma pesquisa que identificou a presença de mercúrio nos rios que abastecem as comunidades do povo Yanomami em Roraima, além disso, o mercúrio também foi encontrado em níveis acima do normal população residentes da terra. (CIMI, 2017, p. 69).

O Instituto Socioambiental (2016) apresenta dados acerca do desmatamento em terras indígenas na Amazônia. Em 2015 foram desmatados 67 quilômetros quadrados de área de floresta, o número triplicou em 2016, sendo de 188 quilômetros quadrados. Adriana Ramos, coordenadora do ISA acredita que o salto se deu graças a

descontinuidade das ações do Plano de Prevenção e Combate ao Desmatamento.

Em 2015 o Cimi (2016, p. 70) registrou 18 ocorrências de conflitos relacionados aos direitos territoriais dos povos indígenas nos estados: Amazonas (1), da Bahia (2), Maranhão (1), Mato Grosso do Sul (10),Rio Grande do Sul (1), Rondônia (2) e Santa Catarina (1).O estado do Mato Grosso do Sul apresentou 10 casos, portanto, é o estado com o maior número de conflito. Isto também ocorreu em 2016, ano em que ocorreram sete casos de conflito neste estado. Dos 10 casos ocorridos em 2015, sete envolviam os povos Guarani e Kaiowá, este também foi o número de conflitos ocorridos em 2016 contra estes mesmos povos.

O relatório com os dados de 2015 (CIMI, 2016, p. 70) destaca que no Mato Grosso do Sul alguns dos ataques aos povos Guarani e Kaiowá duraram mais de um dia e possuíam como alvo acampamentos indígenas localizados, principalmente, em áreas de retomada. Pessoas foram baleadas e algumas torturadas.

Em 2015 (2016, p, 74) o Cimi registrou 55 casos relativos a invasões possessórias, exploração ilegal de recursos e danos diversos ao patrimônio, nos estados: Alagoas (1), Amazonas (6),Espírito Santo (1), Maranhão (18), Mato Grosso (3), Mato Grosso do Sul (2), Pará (12), Rondônia (5), Roraima (3),Santa Catarina (2), São Paulo (1) e Tocantins (1).

Foi no ano de 2015 que os rejeitos de mineração da barragem Fundão da Samarco, graças ao rompimento da barragem, atingiram três povos indígenas: os Guarani, os Tupiniquiem e os Krenak. Tal desastre chegou à Lagoa Monsarás, destruindo, como aponta o relatório do Cimi, (2016, p. 75), as atividades tradicionais das comunidades, já que não são mais possíveis a pesca tradicional e a irrigação de pastagens, além de comprometer a relação íntima que os povos indígenas possuíam com a bacia do Rio Doce.

Considerações finais

Segundo o art. 67 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias o Estado brasileiro teria cinco anos, após a data da promulgação da Constituição de 1988, para demarcar todas as terras indígenas, cabendo a União fazê-lo. Não obstante, o processo demarcatório foi regulamentado pelo Decreto 5.485 que foi editado em 1996, após o prazo estabelecido.

De início já se nota que o mandamento constitucional não foi obedecido, já que em 1993 todas as terras indígenas deveriam ter sido demarcadas. Não obstante, no ano de 2017 haviam no Brasil 537 terras indígenas sem nem ao menos iniciado o processo demarcatório e 304 ainda em processo demarcatório, assim haviam somente 400 terras devidamente demarcadas.

Além deste fato, os direitos patrimoniais dos povos indígenas também sofrem ataques no ano de 2017. Houve 20 ocorrências de conflitos relativos aos direitos patrimoniais e um total de 96 invasões. Para além das invasões, houve, inclusive, contaminação da água utilizada pelos povos, por exemplo.

Considerando os dados expostos, obtém-se o seguinte: em 2015, 2016 e 2017, respectivamente, houve 55, 59 e 96 casos de invasões e 18, 12 e 20 ocorrências de conflitos relacionados a direitos territoriais. Percebe-se que a situação tem se agravado ao longo dos três anos, de modo que o ano de 2017 possui 37 casos de invasões a mais que o ano de 2016.

Portanto, é notável que o mandamento Constitucional não foi eficaz, já que ainda há terras indígenas a serem demarcadas e protegidas e as já demarcadas não são devidamente protegidas, sendo perceptível a omissão do Estado.

A pesquisa não se esgota no presente trabalho, uma vez que os dados apresentados são de 2015, 2016 e 2017 – os dados de 2018 ainda não estão disponíveis, sendo que os dados futuros também devem ser continuamente acompanhados, além disso, é preciso debater possíveis soluções para os problemas apresentados.

A ineficácia do Poder Executivo contraria a Constituição. Este quadro tende a piorar. O Governo atual é caixa de ressonância de ideologias "desenvolvimentistas", que não se preocupam com a estabilidade socioambiental do País.

Neste quadro conjuntural nebuloso e, para preencher a omissão da Administração Pública, é fundamental a proposição de ações civis públicas para que o Poder Judiciário imponha a demarcação das terras indígenas e a conclusão dos processos paralisados sem justificativa legal.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. **Decreto nº 5.484**. Promulgado em 27 de junho de 1928. Regula a situação dos indios nascidos no territorio nacional.

_____. **Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

_____. **Medida Provisória 870 de 2 de janeiro de 2019.** Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios.

_____. **Portaria/FUNAI nº14**. De 9 de janeiro de 1996. Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas.

_____. **Relatório Figueiredo**, 1968. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/142787746/Relatorio-Figueiredo>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório da Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – dados de 2016**. Publicado por Conselho Indigenista Missionário. 2017. Disponível em: <https://cimi.org.br/pub/relatorio/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2016-Cimi.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. **Relatório da Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – dados de 2015**. Publicado por Conselho Indigenista Missionário. 2016. Disponível em <https://cimi.org.br/pub/relatorio/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2015-Cimi.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. **Relatório da Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil** – dados de 2017. Publicado por Conselho Indigenista Missionário. 2018. Disponível em <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2017-Cimi.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2019.

_____. **Terras Indígenas**. Disponível em: <https://www.cimi.org.br/terras-indigenas/>. Acesso em: 15 jul. 2018.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL**. Desmatamento em Terras Indígenas na Amazônia já é o triplo do registrado em 2015.**Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/desmatamento-em-terras-indigenas-na-amazonia-ja-e-o-triplo-do-registrado-em-2015>. Acesso em: 15 jul. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **TAC das Demarcações: uma década de descumprimento**. Assessoria de Comunicação Social. 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/ms/sala-de-imprensa/noticias-ms/tac-das-demarcacoes-10-anos-uma-decada-de-descumprimento-1>. Acesso em: 20 set. 2018.

NEXO JORNAL**. Públicas e Privadas: a divisão de terras no território brasileiro**, 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/04/07/P%C3%BAblicas-e-privadas-a-divis%C3%A3o-de-terras-no-territ%C3%B3rio-brasileiro>. Acesso em: 11 jul. 2018.

PORTUGUAL. **Carta de Lei de 10 de setembro de 1611.**Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com/2009/12/lei-de-10-de-setembro-de-1611.html>. Acesso em 22 set. 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas Para o Direito**. 1 ed. Curitiba: Juruá. 2012.

12

A falência do meio ambiente constitucional no cômputo das áreas de preservação permanente na reserva legal frente à atuação do poder judiciário

Fábio Dias da Silva [1]

Introdução

O presente trabalho versará acerca das disposições atribuídas pela Lei n.º 12.651 de 25 de maio de 2012 às Áreas de Preservação Permanente, principalmente no que tange à possibilidade de seu cômputo na reserva legal, o que ocasionou, ante a constitucionalidade definida pelo Supremo Tribunal Federal, um retrocesso ao estabelecido na Constituição da República de 1988.

Desse prisma vislumbra-se que a redação da nossa Magna Carta, em seu artigo 225, *caput*, estabelece diversos deveres que o Poder Público, bem como a coletividade, deve realizar para com o meio ambiente, sendo que de se fosse de maneira diversa estaríamos à mercê de arbitrariedades e ilegalidades de qualquer um que seja.

E é nesse ponto que há uma efetiva "falência" do meio ambiente constitucional, tendo em vista que o que restara estabelecido pelo Constituinte de 1988 não está sendo observado, tanto pelo Poder Legislativo, ao estabelecer uma norma mais abrangente e menos protetiva do meio ambiente, quanto do ponto de vista do Poder Judiciário, onde esse atuou, frente ao controle de

[1] Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Direito Processual Civil (NOVO CPC) pelo Centro Universitário "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. E-mail: fabiodiasilva@gmail.com.

constitucionalidade, afirmando a compatibilidade do texto republicano de 1988 às previsões infraconstitucionais.

Para a adequada contextualização do presente tema, e consequente desenvolvimento do trabalho em tela, utilizou-se dos métodos dedutivo e histórico, buscando uma análise geral do contexto da Constituição da República de 1988 ao dispor sobre o meio ambiente quanto à aplicabilidade, e compatibilidade, com o Código Florestal e às Áreas de Preservação Permanente, abrangendo também a evolução de referida proteção, mediante a pesquisa por materiais bibliográficos e jurisprudenciais.

Sendo assim, detendo de uma falência ambiental, e também do texto republicano de 1988, há uma latente preocupação da coletividade para com o caminho pelo qual será traçada a proteção das Áreas de Preservação Permanente, uma vez que poderá ser alvo de diversas degradações pela coletividade ao possibilitar que o cômputo das APP's seja utilizado para a reserva legal.

Direito constitucional ambiental

Em primeiro ponto temos que a Constituição da República de 1988 estabelece em parâmetros gerais o que se trata como "meio ambiente", assim disposto no seu artigo 225, *caput*:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Observa-se que o direito ao meio ambiente é atrelado a todos, sem qualquer diferenciação, sendo que cabe ao Poder Público e aos próprios titulares sua preservação e defesa, para o tempo presente e futuro.

Em outras palavras, o Poder Público atuará, dentro de suas possibilidades e impossibilidades, para que o meio ambiente

permaneça ecologicamente equilibrado, bem como seus titulares devem ter condutas para que esse seja preservado, visto que é um direito difuso e coletivo.

Dentre o meio ambiente tratado temos que engloba não só a fauna, flora e ambiente cultural, mas, toda e qualquer local e forma em que o ser humano esteja inserido, de uma maneira com que se preserve não só a tutela para a presente quanto às futuras gerações, inserindo-se, por exemplo, as Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal.

A dignidade da pessoa humana sob o viés ambiental

Dadas às premissas estabelecidas denotamos que a interpretação do texto constitucional deve resguardar direitos e garantias preconizados como fundamentais e relevantes ao resguardo de uma vida digna para o ser humano.

Nesse contexto verifica-se que a dignidade da pessoa humana é tida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, obtendo uma razão de ser um norte para todo e qualquer instrumento jurídico a ser resguardado, tal como o meio ambiente.

Não diferente, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é decorrente da própria dignidade da pessoa humana, vezes que é um direito da coletividade e traz consigo respaldos no presente e futuro.

Cabe destaque aos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012, p. 60-61):

> [...] a dignidade da pessoa humana é tomada como o principal, mas não o exclusivo *fundamento (e tarefa) da comunidade estatal,* projetando a sua luz sobre todo o ordenamento jurídico-normativo e assim vinculando de forma direta todos os entes públicos e privados. [...] se projeta especialmente em conjunto com toda uma gama de direitos tanto de natureza defensiva (negativa) como prestacional (positiva).

Ao observamos o selecionado pela doutrina vislumbramos que o Constituinte de 1988 ao trazer como fundamento a dignidade da pessoa humana nada mais fez do que preconizar um fundamento pelo qual será resguardado todo e qualquer instrumento legislativo e constitucional, podendo se tratar de ações quanto omissões.

E é nesse sentido que engloba as Áreas de Preservação Permanente e A Reserva Legal, haja vista que são tidas como parte do meio ambiente, destinadas à coletividade, e que a sua prevenção e consequente proteção devem ser observadas, visto se tratar de um direito fundamental.

Nesse parâmetro, Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2012, p. 70):

> Na verdade, o direito ambiental possui uma necessária visão antropocêntrica, porquanto o único animal racional é o homem, cabendo a este a preservação das espécies, incluindo a sua própria. Do contrário, qual será o grau de valoração, senão for a humana, que determina, *v. g.*, que animais podem ser caçados, em que época se pode fazê-lo, onde etc.?

Ao partir dessa contextualização vemos que o meio ambiente guarda, mesmo que implicitamente, uma adequação ao resguardo da vida humana, haja vista que este colocará em cheque a própria preservação do ser humano propriamente dito, sendo que se este não se proteger terá contra si danos irremediáveis à sua dignidade, colaborando para sua violação.

De toda sorte, os próprios homens, assim representados por aqueles que por si só exercem funções estatais, fazem com que o meio ambiente, e consequentemente sua dignidade ambiental, sejam relativizadas frente à composições econômicas ou até interesses políticos.

Portanto, observa-se que a dignidade da pessoa humana é o norte para toda e qualquer proteção de direitos ou relação a ser tratada pelos Poderes Públicos, e não seria diferente ao meio ambiente, visto que, caso violada, provocará grandes desastres à própria pessoa titular desse direito e suas gerações próximas.

Áreas de preservação permanente

Mesmo que não previsto expressamente que as Áreas de Preservação Permanente devem ser defendidas e preservadas, é cediço que pela interpretação de acordo com a Magna Carta, essas áreas estão inseridas nesse contexto constitucional, sob o viés protecionista do meio ambiente.

No mesmo trilhar, os incisos III e VII do artigo 225 da Magna Carta preconiza um dever do Poder Público para com as APP's:

> [...]
> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
> [...]
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.
> [...]

Dessas balizas tomadas, pode-se concluir que as áreas destinadas à proteção são trazidas de forma ampla e generalizada, vislumbrando-se que as APP's podem, ainda no sentido de interpretação ampliativa, abranger áreas que venham a provocar danos irreversíveis, tal como a extinção de espécies, ou até restringindo a função ecológica do meio ambiente.

Assim, é forçoso estabelecer que, embora não esteja prevista expressamente no Texto Constitucional de 1988, as Áreas de Preservação Permanente se inserem no contexto do exposto no artigo 225 e seus supedâneos constitucionais.

Com isso, cabe conceituar o que se trata de Área de Preservação Permanente, vezes que pela própria delimitação da

palavra já se caracteriza em uma área que não é sujeita a degradação ambiental.

De maneira incomum o legislador fez por bem estabelecer o que se trata de APP no inciso II do artigo 3.º da Lei n.º 12.651/12, *in verbis*:

> Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:
> [...]
> II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;
> [...]

Pela disposição legal temos que a Área de Preservação Permanente é por assim caracterizada em razão de estabelecer proteção ao meio ambiente em geral, tanto para a fauna quanto à flora, ao solo, ou seja, essas áreas são dignas de proteção pelo simples fato de que produzem efeitos a todo o meio em que está inserida, trazendo reflexos tanto para a geração presente quanto futura.

Em que pese à definição do legislador preconizar que a APP é uma área protegida, este pecou ao não definir e conceituar o que se trata de "permanente", vezes que somente tratou de delinear o que seria a APP geograficamente e não quanto aos seus efeitos.

Necessário se faz trazer as seguintes lições da doutrina de Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 871) acerca do que se entende por permanente:

> [...] (c) A área é protegida de forma "permanente", isto é, não episódica, descontínua, temporária ou com interrupções. O termo "permanente" deve levar a um comportamento individual do proprietário, de toda a sociedade e dos integrantes dos órgãos públicos ambientais no sentido de criar, manter e /ou recuperar a APP.

De acordo com essa definição temos que a área deve ser protegida de forma permanente para que não traga qualquer prejuízo ao meio ambiente em si, tendo em vista que traz reflexos diretos na composição e desenvolvimento das áreas em que estão inseridas e presentes.

Não obstante essas premissas temos que por mais permanente que seja sua proteção ou até que seja impossibilitada sua supressão e intervenção, persistindo a ideia de preservação das Áreas de Preservação Permanente, temos que esse direito não é absoluto.

O Código Florestal, em seu artigo 8.º, *caput*, preconiza expressamente que a intervenção ou supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá em caso de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental.

Salta aos olhos que o próprio legislador, ao contrário do que estabeleceu a Constituição da República de 1988, traz ressalvas para que a vegetação nativa seja suprimida, admitindo até sua intervenção, nos casos expressos por lei.

Muito embora seja de competência constitucional incumbir ao Poder Legislativo elaborar leis sobre o meio ambiente e sua preservação, conforme artigos 22, 23 e 24 da Constituição Federal de 1988, não poderia estabelecer premissas a irem em confronto com o seu mesmo artigo 225.

Outrossim, mesmo que considerado constitucional a maioria do Código Florestal pelo Supremo Tribunal Federal, não poderia o legislador, e até mesmo o Poder Judiciário, intervir na supressão de áreas que são destinadas não só à preservação permanente como também à proteger a fauna e flora.

Ao possibilitar sua supressão e intervenção, Edis Milaré (2014, p. 1294) traz consigo uma alternativa:

> [...] em relação à necessidade de compensação pela intervenção ou supressão em APP, o novo Código Florestal foi silente, deixando uma lacuna na legislação. Porém, certo é que a compensação não poderá deixar de ser exigida pelo órgão ambiental, mormente

> porque todo impacto ao meio ambiente deverá ser devidamente compensado de forma a ser mantido o equilíbrio ecológico, direito constitucionalmente assegurado a todos (art. 225, *caput*, CF/1988).

Ao ser admitida a intervenção e supressão de determinada APP é certo que não deve ter consigo qualquer hipótese de não admitir, e não se exigir, a devida compensação ambiental, sob pena de violar um direito que não é somente de um titular, mas de toda a coletividade.

É relevante estabelecer que a preservação das APP's é a regra, e a supressão, e consequente intervenção, é a exceção, sob pena de criarmos um meio ambiente que não detém de regras relacionadas ao seu próprio objetivo que é, assim dizendo, a proteção ambiental à presente e futura geração.

Por essa forma de pensamento vislumbra-se que, em cotejo com a Constituição da República de 1988, a proteção ao meio ambiente e seus consectários, tal como a Área de Preservação Permanente é o que se espera para todo e qualquer indivíduo, até considerando o Poder Público.

Reserva legal

Da mesma forma de pensamento para com as Áreas de Preservação Permanente temos que a Reserva Legal vem delineada implicitamente na Constituição da República de 1988 e expressamente no texto do Código Florestal, sendo que ambos conceitos podem ser confundidos se tratados em conjunto.

Por esse pensamento temos que o Código Florestal simplesmente delineou os parâmetros e funções pelos quais uma determinada área será considerada como de Reserva Legal, pouco importando com a sua conceituação, cabendo à doutrina trazer sua definição.

Assim dispõe o inciso III do artigo 3.º da Lei n.º 12.651/12:

> III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa;

Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 903) atrelou a conceituação do que seja Reserva Legal ao que fora estabelecido no Código Florestal revogado (Lei 4.771/1965), bem como trazendo reflexos aos ditames da lei atual, estabelecendo que a lei anterior é mais benéfica, vezes que tratava como uma área necessária ao uso sustentável de recursos naturais, e não pautado de valores econômicos como atualmente.

Nesse contexto verifica-se que há uma necessidade de que o Código Florestal atual, mesmo com a constitucionalidade discutida e reforçada pelo Supremo Tribunal Federal, seja aplicado de uma forma coerente para com o que restara estabelecido de forma geral pela Constituição Federal de 1988, ou seja, que se tenha uma interpretação conforme com o fim de proteger o meio ambiente em si.

Dentro desta seara temos que a Reserva Legal é aquela que objetiva assegurar o uso econômico de uma maneira sustentável dos recursos naturais, de uma forma com que a sua utilização não acarrete em degradação ambiental.

De forma diversa já se verifica que a Reserva Legal detém de um caráter econômico, em diferente modo como estabelecido para as Áreas de Preservação Permanente, admitindo, no mais das vezes, a sua utilização de uma maneira sustentável, não podendo servir de um manejo de forma degradativa.

Por essa senda que o Código Florestal, e como também será amplamente discutido em tópico próprio, traz uma possibilidade de que haja o cômputo das Áreas de Preservação Permanente na Reserva Legal instituída, vezes que as primeiras, muito embora não estejam na conceituação do que seja a segunda, detém de caráter protetivo do meio ambiente.

A atuação do poder judiciário

A princípio, a Constituição da República de 1988 estabelece criteriosamente três Poderes pelos quais será realizada determinada função e atividade, destacando-se o Poder Judiciário como ente privativo do exercício da jurisdição no ordenamento jurídico pátrio.

Denota-se que o Poder Judiciário é incumbido de jurisdição, assim disposto como um direito fundamental no artigo 5.º, inciso XXXV da Constituição da República de 1988, onde estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Ao contextualizar essa expressão temos que somente ao Poder Judiciário, consoante previsão constitucional, é devida a apreciação de qualquer conflito de interesses que implique na lesão ou em alguma ameaça a direito.

Por jurisdição temos o preconizado por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 44):

> [...] na *jurisdição*, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada um *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país.

Há, assim, relação direta da aplicabilidade do ordenamento jurídico pátrio, representado pela Magna Carta e das legislações infraconstitucionais, no exercício da jurisdição, sendo que quando intentada essa deverá trazer resguardo e aplicabilidade ao texto de lei/constituição.

Pelo exercício da jurisdição por parte do Poder Judiciário, vislumbra-se que por ser inerte, esta deve ser provocada, sob pena de termos um processo inquisitivo, o que não se coaduna com o sistema processualista praticado.

Ainda sob esse prisma Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 152):

> [...] O exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes.

Com brilhantismo a doutrina destaca diversas consequências que, caso o Poder Judiciário agisse de livre e espontânea vontade, faria com que o estado interviria, consequentemente, nas relações jurídicas privadas, até criando novas desavenças que não existiriam.

Não obstante seja uma atividade privativa do Poder Judiciário, além de inerte, a jurisdição é incumbida de trazer segurança jurídica aos intentos postos sob sua apreciação, para que não deixe em aberto determinados conflitos que deveriam ser definidos.

E é nesse ponto que o Estado, por meio do juiz, faz com que a pacificação social seja definida, ainda mais com relação ao Código de Processo Civil de 2015 que estabeleceu o sistema de precedentes, vislumbrando que determinadas condições sejam resguardadas pelos litigantes.

De forma sintetizada Fredie Didier Jr. (2015, p. 153) assim leciona acerca da jurisdição:

> A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).

Com a atuação do Poder Judiciário haverá a intervenção do Estado, representado pela figura do juiz, onde solucionará determinada demanda judicial para que, assim, traga a paz social a um conflito de interesses posto sob sua apreciação.

Nesse trilho leciona José Afonso da Silva (2005, p. 553):

> [...] os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é o que se chama *função jurisdicional* ou simplesmente *jurisdição*, que se realiza por meio de um *processo judicial*, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides.

Pela composição temos que é nada mais, nada menos, de uma forma de solução dos conflitos de interesses jurisdicionalizados e, dessa maneira, o Estado-juiz fara com que se tenha um pleno exercício de sua função que lhe é privativa, para que se tenha uma resolução do intento conflituoso.

Demonstra-se, assim, claro que o Poder Judiciário, ao exercer a jurisdição, faz com que os conflitos de interesses postos à sua apreciação sejam dotados de uma certa definitividade, de modo a trazer paz social aos jurisdicionados, uma vez que suas decisões somente podem ser revisadas pelo próprio Poder assim delineado.

Ademais, de forma não menos importante, temos que o próprio texto republicano de 1988 guarda garantias que são expressamente atreladas ao Poder Judiciário, como por exemplo o devido processo legal que, na sua atuação, deve ser amplamente resguardado, ainda mais com a previsão no Código de Processo Civil de 2015 ao estabelecê-lo como norma fundamental.

De todas as formas como o Poder Judiciário atuará frente a um caso concreto é certo que devem ser resguardadas todas as garantias constitucionais, até aquelas não previstas, vezes que incumbe não somente fornecer uma solução ao conflito como também estabelecer formas de interpretação ao caso posto.

A falência do meio ambiente constitucional no cômputo das áreas de preservação permanente na reserva legal

Apesar do Supremo Tribunal Federal decidir que o Código Florestal, em sua maioria, é constitucional, é certo que não houve qualquer resguardo à Constituição da República de 1988, haja vista que há a intervenção de um Poder à função e consequente atividade de outro.

Nesse pensamento que há uma denominada "falência" do meio ambiente constitucional e consequente crise da Magna Carta à disposição textual de seu artigo 225, tendo em vista que a lei ordinária ao possibilitar uma forma de compensação da reserva legal por Área de Preservação Permanente, estará a possibilitar que a Reserva Legal seja diminuída, pelo menos em parte.

Conforme os termos do artigo 225 da Constituição da República de 1988 observamos que é devido o resguardo do meio ambiente, sendo um dever de todos defender e preservá-lo para todas as gerações, futuras ou presentes.

Com isso, temos que a supressão de vegetação, qualquer local onde esteja inserida, não pode ser aceita, haja vista que cada uma tem a sua função no meio onde está inserida, tanto as Áreas de Preservação Permanente quanto a Reserva Legal.

Da aludida redação é possível consignar que a reserva legal serve precipuamente para que o meio ambiente seja resguardado e protegido, tal como na Área de Preservação Permanente, possuindo estrita relação para com a função social da propriedade.

Por função social da propriedade, tal como disposta no Código Civil de 2002, como na Constituição da República de 1988, temos que toda e qualquer propriedade deve guardar relação para com a proteção ambiental, produtividade do bem, entre outras destinações pela qual o bem deve ter e no contexto pelo qual está inserido.

Desta forma que a Reserva Legal deve guardar relação com o denominado "manejo sustentável" onde se pode cobrar que esse

deve condizer com a devida função social da propriedade onde esteja inserida.

E, em que pese tenhamos um manejo sustentável aliada à função social da propriedade, denota-se que o Código Florestal fez por bem delimitar suas disposições como também condicionou uma forma com que esse fator fosse resguardado a partir do cômputo das Áreas de Preservação Permanente na porcentagem de Reserva Legal.

O Código Florestal foi expresso acerca da admissão do cômputo:

> Art. 15. **Será admitido o cômputo das Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel**, desde que:
> I - o benefício previsto neste artigo não implique a conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo;
> II - a área a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação, conforme comprovação do proprietário ao órgão estadual integrante do Sisnama; e
> III - o proprietário ou possuidor tenha requerido inclusão do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR, nos termos desta Lei. (grifei)

Pelo que se verifica, há diversos requisitos que hão de ser cumpridos para a admissão do cômputo das APP's no cálculo da Reserva Legal, porém, é certo que causará um prejuízo ambiental irremediável.

Esse prejuízo se vislumbra não só pelo fato de que na Reserva Legal é possível modificar o local em que está inserida, buscando incompreensões ao objetivo da Magna Carta de 1988 no que tange à conservação ambiental principalmente.

Tal como ensina Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 902) "a reserva legal prevê a **intervenção humana** em seu espaço territorial, através do manejo sustentável" (grifei).

É nesse ponto que merece destaque, ou seja, a falência do meio ambiente ocorrerá simplesmente pela (in) existência de uma fiscalização devida e necessária para com esse manejo sustentável

da reserva legal, podendo ocasionar, mesmo com a compensação ambiental, por assim dizermos, das APP's, danos incomparáveis.

Ademais, a intervenção humana, sem qualquer freio, leva por consequência uma proximidade à degradação ambiental, não podendo, de qualquer maneira, trazer formas com que não exista uma forma de fiscalização.

Qual seja o sentido pelo qual prevê o Código Florestal, é certo que a doutrina precisa parâmetros acerca de como deverá ocorrer à compensação devida, assim leciona Edis Milaré (2014, p. 1317):

> *Compensar*, em linhas gerais, significa oferecer uma alternativa, com peso igual ou maior, para uma forma de uso ou de lesão (evitável ou inevitável) de um bem de qualquer natureza, que, por isso, deve ser substituído por outro, a fim de remover ou minimizar o dano verificado. No caso da compensação ambiental, requer-se, normalmente, que o uso ou o dano sejam inevitáveis ou se façam necessários em vista de um benefício maior e em função do interesse social.

Tendo como fundamento a compensação ambiental, como tratada alhures, caso tenha a utilização da APP ao cômputo da Reserva Legal estará, ainda que minimamente, observando os interesses da Constituição da República de 1988, o que, no mais das vezes, é a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Salta aos olhos que, mesmo com o cômputo das APP's na Reserva Legal estará causando danos ao meio ambiente, compreendendo em um desequilíbrio ambiental que não pode ser suportado pelas gerações presentes e futuras.

Desta forma, a questão a ser atrelada à utilização das APP's no cômputo da Reserva Legal é no sentido trazido pelo Código Florestal que foi ratificado pela declaração de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, havendo uma intervenção do legislador infraconstitucional (Poder Legislativo) e do Estado-juiz (Poder Judiciário) aos ditames constitucionais.

Essa atuação do Poder Judiciário, bem como o Legislativo, devem ser utilizadas com cautela, tendo em vista que não podem esses Poderes inverterem suas funções constitucionalmente distribuídas, fazendo com que traga prejuízos às gerações presente e futura pela não preservação do meio ambiente.

Resta evidenciado que a constitucionalidade determinada pelo Poder Judiciário conferiu ao Código Florestal uma concepção conforme a Constituição Federal de 1988, vezes que por mais que o texto constitucional preveja um ambiente ecologicamente equilibrado é certo que o Código Florestal não observa, e muito, esse equilíbrio do meio ambiente.

Surge, assim, a questão de que se o Poder Judiciário assim sentenciou, não há possibilidade de ser rediscutida a matéria, dada a segurança jurídica que é inerente desse órgão estabelecer, porém, nada obsta que sejam colocados mecanismos para que a compensação, ou até a supressão, guarde relação com a Constituição Federal de 1988, mesmo com a chancela dada pelo Estado-juiz.

Atuação do poder judiciário no processo de falência do cômputo das apps na reserva legal

Por mais que tenhamos a constitucionalidade do artigo 15 do Código Florestal, que dispõe acerca do cômputo das APP's na Reserva Legal é certo que houve uma inversão de funções dos Poderes Públicos.

Tal como disposto na Constituição da República de 1988 cada poder detém de uma função típica e atípica, sendo que no caso do Poder Judiciário este possui atribuições destinadas ao exercício precípuo da jurisdição, e meios para que sejam concretizados e efetivados.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, p. 993-994) ensinam que o Poder Judiciário é dotado de jurisdição, como função típica, e de organização, independência, autonomia administrativa e legislativa própria como atípicas.

Dentre essas funções temos que a criação de normas a partir de julgamentos, mesmo com a presença dos precedentes, não deve

ser, de qualquer maneira, aceita, visto se incorrer em uma tarefa da qual não lhe cabe em qualquer hipótese.

Ademais, o denominado ativismo judicial, de uma forma a interferir nos outros Poderes não é aceito por parte do ordenamento jurídico pátrio e, assim que se configura, ainda mais, a falência do meio ambiente e da Constituição da República de 1988, vezes que traz consigo um conceito que, pela interpretação do Judiciário, foi rechaçada.

Não se questiona, de qualquer maneira, a atuação jurisdicional para que um determinado ilícito seja coibido, ainda mais com relação à proteção das Áreas de Preservação Permanente, que devem ter sua tutela em caráter abrangente e praticamente irrestrito.

Para coibir o ilícito há a existência da denominada tutela contra o ilícito, conforme ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 61):

> O direito de buscar a tutela contra o ilícito, por meio da técnica processual adequada, consagra o direito a uma via processual realmente capaz de propiciar o seu alcance. Assim, o exercício do direito de ir ao Judiciário para buscar a tutela do direito nada mais é do que o exercício da ação. É neste sentido que se pode pensar em ação inibitória e em ação de remoção do ilícito, ou seja, em ação efetivamente capaz de permitir, caso o direito material seja reconhecido, a obtenção da tutela inibitória ou da tutela de remoção.

A partir desse parâmetro exposto a tutela contra o ilícito, a chamada tutela inibitória vem com grande interesse à tutela do meio ambiente ao Poder Judiciário, sendo que nesse caso não se estaria interferindo em outro poder, mas, sim, utilizando da jurisdição para que um direito seja protegido.

No que concerne à interpretação dada ao artigo 15 do Código Florestal, admitindo como constitucional o cômputo das APP's à Reserva Legal, temos que há uma interferência dos Poderes constitucionais, mesmo que haja o controle de constitucionalidade

pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, não pode esse relativizar conceitos definidos pelo Constituinte.

É relevante estabelecer que a Constituição da República de 1988 traz parâmetros gerais que devem ser observados pelo legislador infraconstitucional, haja vista a organização legislativa.

Nesse ponto, Paulo de Bessa Antunes (2010, p. 563) leciona:

> [...] Logicamente que a presença de menção expressa de tais elementos na própria Constituição tem por finalidade determinar ao legislador ordinário que, em sua produção legislativa, estabeleça critérios capazes de assegurar a sustentabilidade dos mencionados ecossistemas sem que, no entanto, sejam vedadas atividades econômicas, sociais e recreativas lícitas que, rotineiramente, venham sendo praticadas nas regiões especialmente protegidas pelo dispositivo inserido na CF.

Sob esse prisma que a própria Constituição da República de 1988, tal como dispõe em seu artigo 225, *caput*, não serve mais à proteção do meio ambiente, mormente às Áreas de Preservação Permanente e às Reservas Legais, tendo em vista que o Código Florestal, ao ser considerado constitucional, provou que traz menos proteção em comparação com a Magna Carta.

Ou seja, há latente incompreensão entre o que foi sedimentado pela Corte Constitucional e o que dispôs o Poder Legislativo, sendo que o Judiciário interviu diretamente na Magna Carta, ao compatibilizar, segundo suas razões, com a disposição infraconstitucional.

Para tanto, necessário se faz uma interpretação não só da Constituição da República de 1988 como também do ordenamento infraconstitucional para uma adequada solução ao Poder Judiciário, e não a que foi adotada na Constitucionalidade das ADI 4901 e ADC 42:

> O Tribunal julgou parcialmente procedente a ação, para:
> vii) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber e, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 15 do Código Florestal;

Por essa medida de declarar constitucional o Código Florestal, mormente no que concerne ao seu artigo 15, vislumbra-se que o próprio guardião da Constituição a enfraquece, ora estabelecendo que previsões contrárias ao real interesse do meio ambiente sejam constitucionais, ora trazendo a possibilidade de que haja um prejuízo às demais gerações.

É necessário, assim, repensar na forma como se está aplicando o texto constitucional de 1988 para que tenhamos uma concretização dos objetivos traçados pelo constituinte, tal como a preservação ambiental e a dignidade da pessoa humana ambiental.

Nesse contexto, Peter Häberle (2002, p. 48-49) traz uma solução para uma interpretação do texto republicano do Brasil:

> [...] Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. [...] uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia.

Com a adoção de interpretação constitucional, partindo tanto da legislação infra como a constitucional coloca-se uma aplicabilidade da Magna Carta em sua completude, vislumbrando que no processo constitucional seja possibilitada a participação de todos os sujeitos que podem ser afetados por referida disposição.

Não se deixa de destacar que a interpretação constitucional, e consequentemente de seu processo, deve ser atrelado primeiramente pela Constituição da República de 1988 para, depois,

seja o processo legislativo respeitado pelos demais órgãos infralegais na elaboração de normas.

Por esse mesmo ponto, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012, p. 233):

> [...] a ação judicial deve ser vista também como um instrumento de atuação política, na esteira de uma democracia direta e participativa. As omissões ou ações predadoras do ambiente impetradas pelo Poder Público não podem esquivar-se de tal controle do cidadão, perfeitamente legítimo no marco jurídico-constitucional de um Estado de (e, portanto, subordinado ao) Direito.

Caso tivesse uma concepção devida de cada atribuição do Poder Público não haveria que se falar em redução da proteção ambiental, tal como disciplinada no julgamento da Corte Superior no julgamento das Ações Constitucionais supra mencionadas, fazendo com que invertessem os papeis destinados a cada um.

Nesse sentido que a Constituição da República de 1988 se encontra, ou seja, em que pese estarem devidamente definidas as funções de cada Poder é cediço que não estão sendo respeitados e resguardados, de um modo que o Código Florestal, atribuição do Poder Legislativo, foi reiterado por interpretação do Poder Judiciário.

Ao delinear a constitucionalidade do Código Florestal o Poder Judiciário fez com que preconizasse a sua aplicabilidade, pouco importando as disposições contidas no artigo 225, *caput*, da Magna Carta de 1988, trazendo incongruências com sua própria redação.

Por assim ser, vislumbra-se que não houve qualquer preocupação do Supremo Tribunal Federal com as disposições constitucionais que, mesmo na função de guardião da Constituição assim não poderia agir, de um modo a garantir a efetividade da Magna Carta de 1988.

Considerações Finais:

Pelo exposto no presente estudo foi possível concluir que no contexto da Constituição da República de 1988 observamos que não há a concretização e consequente delimitação dos poderes que compõem a República Federativa do Brasil, tendo em vista que, tal como ocorreu com o Código Florestal, não se vislumbra uma correta aplicabilidade de cada uma das funções dos Poderes Estatais.

No mesmo contexto, as definições expressadas pelo artigo 225, *caput*, da Magna Carta, pela constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal do artigo destinado ao cômputo das Áreas de Preservação Permanente, caíram em vazio, denotando mais uma vez a falência e crise existencial do corpo da Constituição Federal de 1988.

Ainda nesse sentido, vislumbrou-se que a atuação do Poder Judiciário, ainda traçada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão incumbido de ser o guardião da constituição, merece ser repensada, tendo em vista que embora traga uma análise detida da adequação da Constituição da República de 1988 com a legislação infra, traz um enfraquecimento na sua aplicação, tal como no Código Florestal.

Ante a possibilidade latente de que se tenha um desvio da Reserva Legal, a partir da compensação pelas APP's, compreende que a proteção ambiental, no mais das vezes, pode ser trocada por diversas outras formas que não compreendem na efetiva tutela ambiental, inviabilizando, futuras gerações.

Demonstrou-se, também, que referido cômputo deve se atentar precipuamente à função sócio-ambiental que a propriedade necessariamente deve ter, tendo em vista que, como já é possível referido desvio ambiental, bem como a fiscalização é precária, pode se ter uma degradação ambiental desenfreada e impossibilitando eventual tentativa de recuperação.

Desta forma, a possibilidade que se vislumbra para que tenha uma adequada proteção ambiental e recuperando o *status* da Constituição Federal de 1988 ao destinar a tutela do meio ambiente

é se pautar de uma interpretação conjunta com todo o ordenamento, como de todos os envolvidos no processo constitucional, não somente englobando o Poder Judiciário.

E quando se fala em participação dos envolvidos no processo constitucional podemos consignar que se trata de uma prerrogativa trazida para uma adequação dos interesses do meio ambiente para com os vieses disciplinados no texto constitucional de 1988, vezes tratado como um direito coletivo.

Assim, dada uma interpretação em primeiro plano pela Constituição da República de 1988, a realizar pelo Poder Judiciário e envolvidos no processo constitucional, terá uma consequente adequação do seu real interesse, que é a preservação não só da Reserva Legal quanto da Área de Preservação Permanente.

Referências:

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2018.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, DF. 10. jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. **Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília, DF. 16. mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público – Meio Ambiente – Reserva Legal. ADI 4901. Requerente: Procurador-geral da República. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DJe 28.02.2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4355097>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público – Meio Ambiente. Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público – Controle de Constitucionalidade. ADC 42. Requerente: Partido Progressista – PP. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, Dje 28.02.2018. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4961436>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil:** volume 1 : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 21. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 12.651/2012 e 12.727/2012 e com o Decreto 7.830/2012. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito : inibitória e de remoção – art. 497, parágrafo único, CPC/2015.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente.** 9. ed., ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental : Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

Direito Tributário & Financeiro

13

Constituição de 1988: (in)aplicabilidade de contraditório e ampla defesa no Tribunal de Contas da União

Luiza Helena Schlichting Ribas [1]

1. Introdução

Com a Constituição Federal de 1988 (CF/1988), o Tribunal de Contas da União (TCU) teve a si atribuídas diversas competências referentes ao exercício de controle externo, revelando a necessidade de fiscalização da Administração Pública no contexto do Estado Democrático de Direito. As competências da Corte de Contas são realizadas por meio de processos, os quais cumprem rito próprio. Vale dizer, os processos do TCU são lastreados em sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443/92), conforme a natureza daquilo que constitui o escopo da apreciação.

Nesse sentido, importa observar que a Constituição previu de forma inédita a necessidade de observância do devido processo legal a todos os processos, nos termos do art. 5º, LIV. Tal princípio compreende um conjunto de elementos jurídicos capazes de garantir direitos quando ameaçados, lesados ou questionados. Dentre esses elementos, ressalta-se a necessidade de garantia de contraditório e ampla defesa.

Trata-se, pois, de premissa básica a todo processo que se pretende justo. Nesse contexto, o presente trabalho visa verificar

1 Pós-graduanda em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: luizahsribas@gmail.com.

como tem sido a aplicação (ou não) dos corolários do contraditório e ampla defesa nos processos de controle desenvolvidos pelo Tribunal de Contas da União, especialmente em razão das competências dos incisos I a III do art. 71 da Constituição.

Para tanto, será feito estudo empírico, com a utilização de pesquisa documental acerca da jurisprudência da Corte e também pesquisa bibliográfica a respeito dos temas atinentes.

2. Breve resgate histórico: Tribunal de Contas no Brasil

A Declaração do Homem e do Cidadão de 1789 já estabelecia o direito de verificar a necessidade e emprego das verbas públicas (art. 14) e o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração (art. 15)[2]. No entanto, é com a conformação dos Estados Modernos que o controle passa a ser executado de forma sistemática e técnica, com a instituição de órgãos especializados[3].

A partir do século XIX começam a surgir no mundo as primeiras Cortes responsáveis por resguardar a destinação dos recursos públicos. No Brasil, é com a Proclamação da República que surge a primeira Corte de Contas. Ainda que durante o período colonial tenha existido um Erário Régio, e a despeito dos projetos datados do período do Império[4], foi durante o Governo Provisório

[2] É a redação dos dispositivos:

Art. 14º**.** Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15º**.** A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

[3] COSTA, Luiz Bernardo Dias Costas. **O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo,** 2005. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

[4] Conforme Verbete da FGV: "Já na época colonial – 1680 – foram criados os primeiros órgãos controladores (...). Em 1808, na administração do príncipe regente João, instalou-se o Erário Régio e criou-se o Conselho da Fazenda, objetivando acompanhar a execução da despesa pública.

Com a Independência e a Constituição de 1824, o Erário Régio transformou-se no Tesouro, prevendo-se, a partir daí, os primeiros orçamentos e balanços gerais. Todavia, somente a queda do Império e as reformas político-administrativas da recém-instalada República tornaram tal projeto realidade".

que se criou o primeiro órgão brasileiro efetivamente destinado à realização de controle externo.

Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, foi quem elaborou o Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890, por meio do qual estabeleceram-se as normas acerca do que viria a ser o primeiro Tribunal de Contas brasileiro. Reconhecendo o falho sistema de contabilidade orçamentária vigente até o momento, lê-se na exposição de motivos da normativa:

> O Governo Provisório reconheceu a urgência inadiável de reorganizá-lo; e a medida que vem propor-vos é a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediaria à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias - contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil.

Consoante artigo 1º do Decreto, "é instituído um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes à receita e despesa da República". Esta foi, de fato, a primeira normativa a respeito de um Tribunal de Contas no Brasil. No entanto, foi com a constitucionalização do instituto operada pela Constituição de 1891 e a consequente edição do Regulamento n.º 1166 de 17 de dezembro de 1892 que a Corte foi efetivamente criada. A partir de então, ressalvado o diferente tratamento que cada uma deu ao órgão, todas as Constituições brasileiras continham previsões a respeito da manutenção e funcionamento do Tribunal de Contas.

Destaca-se que foi apenas na Constituição de 1946 que o Tribunal passou a ser regulado na seção que trata do Poder Legislativo. Consoante o art. 22, "a administração financeira, especialmente a execução do orçamento, será fiscalizada na União

Disponível em <http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/TRIBUNAL%20DE%20CONTAS.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017

pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas". O Poder Legislativo deveria, inclusive, estabelecer se determinado ato estaria submetido a registro prévio ou posterior[5].

A Constituição de 1967, nascida no período ditatorial brasileiro e ratificada pela Emenda n.º 1/69 foi a primeira a distinguir entre controle externo e interno - ainda que este só fosse previsto no âmbito do Poder Executivo. Estabelecia no §1º do artigo 71 que "o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas" e compreenderia "a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções financeiras e orçamentárias e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos". Contudo, se por um lado avançou no sentido de estabelecimento das formas de controle interno e externo, de outro a Constituição de 1967 operou verdadeiro retrocesso em matéria de fiscalização. Da redação do §4º do artigo 72[6] é possível perceber o abandono da sistemática de registro prévio de atos da administração, inclinando-se ao controle posterior[7].

Finalmente, oriunda do período de redemocratização do país, a Constituição de 1988 redesenhou o Tribunal de Contas. Agora está incluído no capítulo que trata do Poder Legislativo, na seção "Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária", tendo sido mantida a divisão entre controle interno e externo e a tendência ao controle posterior, já presente na Constituição antecessora. Da mesma forma, optou-se por manter o Poder Legislativo como imbuído da atividade de fiscalização do Executivo, sendo auxiliado pela Corte de Contas nesta função (art. 71). Assim, o próprio texto constitucional

---

[5] Art. 77. § 2º - Será sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste.

[6] Art. 72. §4º No exercício de suas atribuições de controle da administração financeira e orçamentária, o Tribunal representará ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados.

[7] COSTA, Antonio França da. **Controle de legitima do gasto público pelos tribunais de contas no Brasil**. 2015. 188f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

indica que a Corte de Contas pátria não é subordinada ao Congresso Nacional, consistindo em órgão constitucional autônomo[8]. O artigo 70 da Constituição estabelece as atribuições do controle externo e interno, a saber:

> Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Cumpre observar que o dispositivo transcrito trata de cinco modalidades de fiscalização dos atos de gestão: contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Estas modalidades de fiscalização incidem sobre a necessidade de observância dos preceitos normativos correspondentes (legalidade) e dos valores sociais envolvidos (legitimidade) por parte da Administração, bem como sobre a minimização dos custos envolvidos na consecução de uma atividade (economicidade)[9].

A fiscalização financeira visa o controle da arrecadação das receitas realização das despesas. Já a fiscalização contábil cuidará dos livros e documentos de escrituração dos órgãos públicos. A fiscalização orçamentária engloba a execução do orçamento. Por sua vez, a fiscalização patrimonial abarca a gerência acerca dos bens integrantes do patrimônio público. Por fim, a fiscalização operacional – inovação da Constituição de 1988 – permite o controle sobre as formas de arrecadação ou liberação de verbas[10].

Conforme o parágrafo único do art. 70, se submete a esta fiscalização "qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada,

---

[8] LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo: Teoria e Jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo: Método, 2015. p. 62.

[9] Ibidem. p. 70.

[10] MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.139-140.

que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária".

Ainda, se estabelece nesta seção a manutenção dos Tribunais de Contas em âmbito estadual[11] e também municipal[12], desde que observadas no que couber as normas constitucionais que tratem do TCU (artigo 75). Ademais, os incisos do artigo 71 trazem as atribuições do Tribunal de Contas de Contas e a partir da leitura dos dispositivos nota-se a inexistência de registro prévio da despesa e a inclinação ao controle posterior

.

3. Devido processo legal: contraditório e ampla defesa nos processos de controle do tribunal de contas da união

Como exposto, a Constituição de 1988 avançou e muito em matéria de controle por parte do Tribunal de Contas, tendo em vista a maior preocupação com o controle da administração pública. Outra grande preocupação expressa no texto constitucional é a de que ninguém venha a ser atingido por atos do Estado sem antes ser ouvido.

Muito embora tal preocupação fique mais evidente quando tratamos do Poder Judiciário, ela também está presente nas esferas Executiva e Legislativa do Estado. É por conta disso que as decisões estatais no geral devem precedidas de processo, por meio do qual se garante a ampla manifestação do interessado. O Tribunal de Contas da União não foge a esta regra, pois como veremos suas decisões são precedidas de concatenamento de atos que consiste em processo.

[11] Conforme o parágrafo único do dispositivo, "As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros".

[12] Ressalva-se que a Constituição Federal vigente veda a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais, sendo mantidos apenas os Tribunais de Contas Municipais de São Paulo e Rio de Janeiro, criados antes da sua promulgação.

3.1 – Processualidade das decisões e incidência de devido processo legal

A utilização dos termos "tribunal" e "julgar as contas" para tratar deste órgão de controle não implica a natureza jurisdicional de suas funções. Em verdade, o Tribunal de Contas consiste em órgão técnico, não jurisdicional[13]. Ademais, conforme observa Di Pietro[14], a adoção do sistema da jurisdição una é revelada pela redação do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal[15]. A adoção desse sistema faz com que o Poder Judiciário tenha o monopólio da função jurisdicional, de forma que é o único com poder de apreciar lesão ou ameaça a direitos individuais e coletivos com força de coisa julgada.

Afastou-se, portanto, o sistema de dualidade de jurisdição, no qual ao lado do Poder Judiciário, se colocam órgãos de Contencioso Administrativo. Neste sistema, o Contencioso Administrativo também exerce função jurisdicional, mas somente sobre lides nas quais a Administração Pública seja parte interessada. Seja porque afastada pelo ordenamento jurídico constitucional a jurisdição administrativa, seja pela natureza de órgão auxiliar de controle externo que o mesmo ordenamento lhe atribui, fato é que o Tribunal de Contas não consiste em órgão jurisdicional. Entretanto, seria possível ainda assim aventar que o controle realizado pela Corte se dá por meio de um processo?

Processo é relação jurídica entre as partes que nele interagem, a qual consubstancia rito ou sequência predefinida e vínculo entre pessoas decorrente de previsões normativas próprias. A este rito por meio do qual se desenvolve a relação jurídica processual dá-se o

---

[13] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015. p. 462

[14] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 900.

[15] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

nome de procedimento[16]. Assim, o processo consiste em mecanismo realizado em um conjunto de peças, voltado a resolução do caso concreto. Em última análise, o processo é aplicação do procedimento previsto em lei com a finalidade de resolução do caso apresentado.

Ao se debruçar sobre o tema, J. R. Caldas Furtado[17] observa que conforme normativa própria do Tribunal de Contas da União[18], processo é o conjunto de peças que documentam o exercício da atividade do Tribunal. Vale dizer, todas as decisões tomadas resultam de conjunto de mecanismos previamente estabelecidos na legislação, voltados a possibilitar o exercício de suas competências de controle de forma a dar solução final a situação posta.

Logo, as atribuições da Corte de Contas são realizadas por meio de processos. Estes processos cumprem rito próprio definido de acordo a natureza daquilo que constitui o escopo da apreciação, os quais são lastreados na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92). Observa o autor que muito embora não disponha de competência jurisdicional, a apreciação pelo Tribunal de Contas é extremamente semelhante a judicial. Por este motivo, o órgão segue os princípios jurisdicionais, com a ressalva de que se sujeita a revisão pelo Judiciário[19].

A Constituição Federal de 1988 previu de forma inovadora a necessidade de observância do devido processo legal[20], princípio que compreende conjunto de elementos jurídicos capazes de garantir

---

[16] MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 39-40.

[17] CALDAS FURTADO, J. R. Processo e eficácia das decisões do Tribunal de Contas. **Revista Controle: doutrina e artigos**. Fortaleza, v. 12, n. 1, jun. 2014, p. 30-31.

[18] Artigo 2º, XVII da Resolução TCU nº 191, de junho de 2006

[19] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1284.

[20] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

direitos quando ameaçados, lesados ou até mesmo questionados. Conforme leciona Carmen Lúcia Antunes Rocha[21],

> Esse princípio é um instrumento de legitimação da ação do Estado na solução das indagações sobre os direitos que lhes são postos e um meio formal e previamente conhecido e reconhecido de viabilizar-se o questionamento feito pelo administrado.

Como observa Odete Medauar[22], a cláusula do devido processo legal se origina na Magna Carta de 1215, vinculada ao processo penal. Seguindo esta tendência, nas Constituições anteriores tal postulado era previsto apenas implicitamente, ficando restrito por muito tempo ao âmbito processual penal.

Ainda de acordo com a autora, o art. 5º, LIV da Constituição de 1988 tem sentido amplo, sem indicação do campo de incidência, aplicando-se não só nos processos em que existem acusados, mas em qualquer controvérsia. Assim, o devido processo legal se estende a todas as áreas do direito, inclusive aos processos de controle do Tribunal de Contas da União.

3.2 – Contraditório e ampla defesa

No âmbito administrativo, o princípio do devido processo legal constitucionalmente assegurado acarreta no dever da Administração Pública de atuar tanto formal quando materialmente de acordo com os ditames legais. Assim, a atividade deve ser desempenha tendo como um dos polos da relação o próprio administrado. Também decorre daí o direito do administrado de que essa relação se desenrole de acordo com os princípios que conferem segurança jurídica a seu patrimônio. Desta forma, o devido processo

[21] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 209, jul/set. 1997. p 203.

[22] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo...** p. 204.

legal administrativo garante não só a certeza do dever público, mas também do direito do particular na relação administrativa[23].

Sob os ditames do Estado Democrático de Direito, o processo passa a ser não só instrumento de racionalização e eficiência da Administração Pública, mas também "elemento de articulação do Estado junto à sociedade, garantindo a participação do cidadão no processo decisório que, antes de ser estatal, deve ser democrático e de direito"[24].

Do devido processo legal decorre o que Sarlet, Marinoni e Mitidiero[25] chamam de direito fundamental ao processo justo no ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, o perfil mínimo do processo justo deve se impor não só no âmbito penal, como em todas as demais formas de processualidade. Quando transplantamos essa lógica de raciocínio ao processo de controle desenvolvido no âmbito do Tribunal de Contas, faz-se necessário observar os desdobramentos do devido processo legal no tocante a participação dos interessados neste processo.

Jurisprudencialmente, sustentou-se por algum tempo a ideia de que a garantia de contraditório nos processos da Corte de Contas acarretaria em enfraquecimento da atividade de controle externo desempenhada pelo órgão. É nesse sentido a manifestação do Ministro Octavio Gallotti, quando do julgamento do Agravo Regimental em Suspensão de Segurança n. 514-6/AM[26]:

---

[23] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. Cit. p. 205.

[24] GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. In ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira. Devido processo legal: observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle. Revista TCEMG, Minas Gerais, Out/Nov/Dez 2013, Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2286.pdf> Acesso em: 09 set. 2017. p. 134.

[25] "Todo e qualquer processo está sujeito ao controle de sua justiça processual como condição indispensável para sua legitimidade perante nossa ordem constitucional. Tanto os processos jurisdicionais [...] como os não jurisdicionais [...] submetem-se à cláusula do processo justo para sua adequada conformação". MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 618.

[26] *SS 514* AgR, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/1993, DJ 03-12-1993 PP-26356 EMENT VOL-01728-01 PP-00037.

> "Considerar que o Tribunal de Contas [..] no desempenho da competência constitucional para julgamento da legalidade de concessão de aposentadoria (ou ainda na aferição da regularidade de outras despesas), esteja jungido a um processo contraditório ou contencioso, é submeter o controle externo, a cargo daquela Corte, a um enfraquecimento absolutamente incompatível com o papel que vem sendo historicamente desempenhado pela Instituição desde os albores da República".

Já sob o prisma da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a sustentar a necessidade de observar os postulados referentes às garantias processuais também nos processos do Tribunal de Contas[27]. Vale dizer, com o novo texto constitucional, passa a ser essencial que, ao exercerem suas competências, as Cortes de Contas observem os princípios do ordenamento jurídico-constitucional. Destaca Reuder Rodrigues Madureira de Almeida[28] que é imperioso que os Tribunais de Contas observem os ditames do devido processo legal,

---

[27] " [...] Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão [...] (MS 23550, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2001, DJ 31-10-2001 PP-00006 EMENT VOL-02050-3 PP-00534).

[28] ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira. **Devido processo legal: observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle.** Revista TCEMG, Minas Gerais, Out/Nov/Dez 2013, Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2286.pdf> Acesso em: 09 set. 2017.

> Ofertando aos interessados a efetiva oportunidade de intervir previamente na decisão, devendo-se ter em conta, sobretudo, que nos processos de controle não há a rígida separação entre Estado-Acusador e Estado-Juiz, na medida em que o Tribunal de Contas concentra as atividades de investigação, acusação, julgamento e revisão dos seus julgados.

Nesse contexto, a garantia de contraditório e ampla defesa é essencial para a concretude do devido processo legal, bem como para a conformação do processo justo. O contraditório refere-se a garantia de que todos os atos processuais sejam acompanhados por todos os interessados, "os quais têm o poder jurídico de participar ativamente produzindo provas e sendo ouvidos previamente à produção das decisões relevantes"[29]. A Constituição é expressa no sentido de que o contraditório rege todo e qualquer processo, seja ele jurisdicional ou não. Existindo a possibilidade de decisão desfavorável, que afete negativamente a esfera jurídica de alguém, este é direito que se impõe sob pena de violação do direito ao processo justo[30].

Não é possível falar de contraditório sem falar também de ampla defesa. Assim como o devido processo legal, estes foram princípios desde sempre aplicáveis ao processo penal, estendidos aos demais processos judiciais e administrativos com a Constituição de 1988[31]. O direito de defesa diz sobre a possibilidade de resistir às pretensões adversárias, de modo a preservar algo que possa vir a ser afetado por atos, medidas, condutas ou decisões vindas de outrem[32]. A garantia constitucional da ampla defesa busca abarcar todas as possibilidades que tenha o interessado de manifestar-se sobre a pretensão que lhe afeta.

---

[29] JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit. p. 330.

[30] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 647.

[31] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 154.

[32] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo...** p. 200.

Marçal Justen Filho[33] afirma que um procedimento com manifestação unilateral de uma das partes teria pouca utilidade. Segundo o autor, o procedimento "apenas estará apto a produzir todas as suas decorrências e garantir a existência de um Estado Democrático se assegurada a participação dos interessados na solução do litígio". Evidente que o direito de defesa também é de observância obrigatória a qualquer tipo de processo que se pretende justo. Os processos desenvolvidos no âmbito dos Tribunais de Contas devem respeitar os postulados constitucionais inerentes ao devido processo legal, positivado no ordenamento jurídico brasileiro como garantia fundamental.

4. A (in)aplicabilidade prática das garantias constitucionais processuais no Tribunal de Contas da União

Como demonstrado, as competências de controle do Tribunal de Contas da União previstas no artigo 71 da Constituição Federal são exercidas por meio de processos. Desta forma, é imperiosa a observância de contraditório e ampla defesa por parte da Corte no exercício de suas competências de controle. O inciso I do dispositivo trata da competência para elaboração de parecer prévio sobre as contas anuais do Presidente da República. O inciso II estabelece a atribuição de julgamento de contas dos demais responsáveis por contas públicas e causadores de danos ao erário. Por sua vez, a atribuição do inciso III consiste na apreciação de legalidade, para fins de registro, dos atos de pessoal.

Ainda, o exercício das competências fixadas pelos incisos de IV a VII do artigo 71 da Constituição consistem em processo fiscalizatório que, em regra, tem caráter acessório e subsidiário. O intuito destes processos é instruir o julgamento das tomadas e prestações de contas instauradas em decorrência da competência do inciso II, nos termos do artigo 41 da LOTCU. As previsões dos incisos

[33] JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit. p. 352.

VII a IX consistem em medidas que o Tribunal pode adotar para dar cumprimento as suas decisões e determinações. Sendo assim, a efetiva participação dos interessados deverá ocorrer precisamente no exercício das competências dos incisos de I a III, os quais passamos a analisar mais detidamente.

4.1 – Parecer prévio acerca das contas do Presidente da República

A competência do inciso I do art. 71 da Constituição Federal refere-se a elaboração de parecer prévio acerca das contas anuais do Presidente da República. Esta atribuição não consiste em exercício de controle propriamente dito, haja vista que a Corte somente aprecia as contas e emite parecer prévio. O Presidente apresenta ao Congresso Nacional, "dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior" (art. 84, XXIV da Constituição)[34]. O Congresso, então, envia as contas para análise do TCU. No prazo de 60 dias a contar da data do recebimento, o TCU aprecia as contas e emite parecer prévio, o qual deve ser aprovado em Plenário e posteriormente reenviado ao Congresso.

Já no Parlamento, o parecer prévio e as contas são analisadas pela Comissão Mista de Orçamento (CMO), que emite novo parecer. O parecer da Comissão se dá por meio de Projeto de Decreto Legislativo (art. 166, § 1º, I da Constituição) e não é vinculado pelo opinativo do Tribunal de Contas. Então, somente após a análise da CMO é que o Plenário do Congresso Nacional finalmente julgará as contas do Presidente da República, deliberando sobre o Projeto de Decreto Legislativo oriundo do parecer da Comissão (art. 49, IX da Constituição). Assim, como é o Parlamento que efetivamente julga

[34] Caso o Presidente da República não apresente as contas, incumbe à Câmara dos Deputados tomá-las:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

[...]

II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

as contas do Presidente, não sendo o parecer prévio do TCU vinculante, não se aventava a necessidade de garantia de contraditório e ampla defesa durante a apreciação da Corte.

No entanto, este panorama foi alterado durante a apreciação das contas anuais de 2014, de responsabilidade da Presidente Dilma Vana Rousseff[35]. O Ministro Relator Augusto Nardes embasou-se em precedente do Supremo Tribunal Federal[36] para determinar a abertura de prazo para manifestação da Presidente, segundo o qual:

> A circunstância de o Tribunal de Contas exercer atribuições desvestidas de caráter deliberativo não exonera essa essencial instituição de controle – mesmo tratando-se da apreciação simplesmente opinativa das contas anuais prestadas pelo Governador do Estado – do dever de observar a cláusula constitucional que assegura o direito de defesa e as demais prerrogativas inerentes ao *due process of law* aos que possam, ainda que em sede de procedimento administrativo, eventualmente expor-se aos riscos de uma sanção jurídica

Concluiu o Relator que ante os indícios de irregularidade aferidos pelo Tribunal, necessária a abertura de prazo para manifestação, "em nome do devido processo legal e em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório". A questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal por meio do Mandado de Segurança nº 33.671/DF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso. Na ocasião, argumentou-se que a abertura de prazo para contraditório e ampla defesa acarretaria no não cumprimento do prazo de 60 para que o Tribunal de Contas finalize a apreciação das contas e elaboração do parecer prévio.

O Ministro Relator negou a liminar pleiteada, aduzindo ser "legítimo e razoável o exercício do contraditório no âmbito do Tribunal de Contas da União, mesmo nos processos de apreciação

[35] TCU 005.335/2015-9, Relator: AUGUSTO NARDES, Data de Julgamento: 17/06/2015.

[36] STF - SS: 1197 PE, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 15/09/1997, Data de Publicação: DJ 22/09/97. P. 46243.

do Presidente da República, não servindo de óbice o prazo previsto no art. 71, I da Constituição". A decisão inédita no âmbito do Tribunal de Contas da União se coaduna com os ditames da Constituição de 1988, de que as restrições impostas pelo Poder Público devem balizar-se pelo postulado do devido processo legal.

4.2 – Tomadas e prestações de contas

O inciso II do art. 71 da Constituição trata do julgamento das contas de administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e dos que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário. No exercício desta competência o Tribunal não só emite parecer, mas efetivamente atesta a regularidade, regularidade com ressalva ou irregularidade das contas. Conforme art. 207 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, as contas serão consideradas regulares "quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável".

Por sua vez, de acordo com o art. 208 da normativa, "as contas serão julgadas regulares com ressalva quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário". Por fim, o art. 209 do Regimento Interno apresenta quatro hipóteses em que as contas devem ser apreciadas como irregulares:

> Art. 209. O Tribunal julgará as contas irregulares quando evidenciada qualquer das seguintes ocorrências:
> I – omissão no dever de prestar contas;
> II – prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, ou infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
> III – dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;
> IV – desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

O exame das contas das pessoas mencionadas no inciso II do art. 71 da Constituição é feito mediante tomada ou prestação de contas ordinária e tomada ou prestação de contas extraordinária/especial.

4.2.1 – Tomada de contas ordinária

A tomada de contas ordinária é o processo destinado a aferição de legalidade das contas dos "administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal".

O TCU recebe anualmente relatórios de gestão dos responsáveis, os quais são compostos por diversos documentos capazes de demonstrar a correta administração dos recursos públicos. No entanto, somente alguns desses relatórios de gestão serão apreciados pelo Tribunal sob a forma de tomada e prestação de contas, haja vista a possibilidade de dispensa, a seu critério, de parte dos responsáveis da obrigação de envio de suas contas para julgamento (art. 6º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas de União).

A possibilidade de dispensa visa conferir maior racionalidade ao controle exercido, a partir de critérios de materialidade, relevância e risco. Nesses processos há a garantia de contraditório e ampla defesa, haja vista que os responsáveis pelas contas tem obrigação de prestá-las. Se verificadas irregularidades na análise, o Tribunal deve determinar a realização de diligência, audiência prévia ou citação dos interessados, que, não as atendendo, são considerados revéis e como tal julgados[37].

[37] Art. 12. Verificada irregularidade nas contas, o Relator ou o Tribunal:

I - definirá a responsabilidade individual ou solidária pelo ato de gestão inquinado;

II - se houver débito, ordenará a citação do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar defesa ou recolher a quantia devida;

III - se não houver débito, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa;

4.2.2 – Tomada de contas extraordinária/especial

Já a tomada ou prestação de contas extraordinária/especial ocorrerá quando o objeto da análise de legalidade forem contas "daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público".

Nesses casos, por óbvio não há a obrigação de prestação de contas anuais, pois não faria sentido que os responsáveis viessem a denunciar espontaneamente a prática de irregularidades. De acordo com o art. 8º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, ao verificar irregularidade a autoridade administrativa competente deverá adotar "providências com vistas à instauração de tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano", sob pena de responsabilidade solidária.

Note-se que existem dois momentos de análise na tomada de contas especial: um primeiro momento, que se convencionou chamar fase interna, em que a autoridade administrativa responsável deverá tomar todas as providências acima descritas; e um segundo, chamado de fase externa, em que deverá ser encaminhado desde logo o procedimento para julgamento no TCU, instruindo-o com os documentos listados nos incisos do art. 9 da LOTCU. Afirma Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[38]:

> Tomada de contas é, na fase interna, um procedimento de caráter excepcional que visa determinar a regularidade na guarda e na aplicação de recursos públicos e, diante da irregularidade, na fase externa, um processo para julgamento da conduta dos agentes públicos.
> [...]

[...]

§ 3° O responsável que não atender à citação ou à audiência será considerado revel pelo Tribunal, para todos os efeitos, dando-se prosseguimento ao processo.

[38] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 31-32.

> A rigor, os processos de julgamento das contas nos tribunais de contas só assumem a natureza de processo a partir do seu ingresso na corte, na chamada fase externa. Antes dessa fase não apresenta partes ou litigantes, porque inexiste uma lide, mas somente uma unidade dos atos investigatórios rumo à verdade material.

Ao contrário do que ocorre na tomada de contas ordinária, em que a lei prevê que os interessados devem ser chamados para exercício de contraditório e ampla defesa quando verificadas irregularidades, não há previsão legal semelhante em relação a tomada de contas especial. A dúvida que se coloca é: deve ser oportunizado contraditório e ampla defesa já na fase interna de tomada de providências da autoridade administrativa, ou apenas na fase externa de julgamento pelo Tribunal de Contas?

A jurisprudência da Corte fixou entendimento de que na fase interna da tomada de contas especial não há de se falar em participação do interessando. Explica o Ministro Substituto André Luís de Carvalho em processo de sua relatoria que[39]:

> É preciso considerar, ainda, que existe distinção entre fase interna e fase externa de uma Tomada de Contas Especial. Na fase interna, aquela promovida no âmbito do órgão público em que os fatos ocorreram, não há litígio ou acusação, mas apenas verificação de fatos e apuração de autoria. Constitui procedimento inquisitório de coleta de provas assemelhado ao inquérito policial, no qual não se tem uma relação processual constituída nem há prejuízo ao responsável. O estabelecimento do contraditório nessa fase não é obrigatório, pois há mero ato investigatório sem formalização de culpa. Como não existem partes nem antagonismos de interesse nessa fase, a ausência de citação ou de oportunidade de contradição dos documentos juntados não enseja nulidade.

Conclui o Ministro que a garantia de contraditório e ampla defesa se dá apenas na fase externa da tomada de contas especial, "que

[39] TCU 02621720104, Relator: ANDRÉ DE CARVALHO, Data de Julgamento: 12/04/2011.

se inicia com a autuação do processo junto a este Tribunal e finda com o julgamento". A posição sustentada parece ser contraditória.

Em primeiro lugar, necessário destacar previsão da Instrução Normativa TCU nº 71, de 28 de novembro de 2012, que dispõe sobre a instauração, organização e encaminhamento das tomadas de contas especiais ao Tribunal de Contas. De acordo com o art. 10, §1º, alínea b da normativa, o relatório do tomador de contas deve conter cópias das notificações remetidas aos responsáveis e documentos que comprovem a sua ciência. Ainda, deve ser encaminhada também "cópia dos pareceres emitidos pelas áreas técnicas do órgão ou entidade, incluída a análise das justificativas apresentadas pelos responsáveis" (art. 10, §1º, alínea c).

Tais disposições dão a entender que o chamamento do interessado deve ocorrer já na fase interna, pois somente assim poderia a autoridade responsável incluir em seu relatório informações acerca das notificações e justificativas apresentadas pelos responsáveis. A reforçar este ponto, também a redação do art. 31 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União:

> Art. 31. Em todas as etapas do processo de julgamento de contas será assegurado ao responsável ou interessado ampla defesa.

Note-se que o dispositivo fala genericamente de "todas as etapas do processo de julgamento de contas", não havendo qualquer distinção entre tomadas de contas ordinária e especial ou entre fase interna e externa da tomada de contas especial. Outro motivo de inconsistência é a garantia de contraditório e ampla defesa na apreciação das contas do Presidente da República.

Se transplantarmos a mesma lógica de raciocínio da Corte em relação às tomada de contas especiais ao procedimento de elaboração de parecer prévio das contas anuais do Presidente da República, temos que: 1) a fase interna da tomada de contas especial corresponde ao procedimento de apreciação do TCU para elaboração do parecer prévio e; 2) a fase externa equivale ao efetivo

julgamento das contas pelo Congresso Nacional. Vale dizer, em ambos os casos seria possível a manifestação do interessado (Presidente da República ou responsável pelas contas) anterior a emissão de relatório (parecer prévio do TCU ou relatório do tomador de contas), que será posteriormente encaminhado ao órgão responsável pelo julgamento (Congresso Nacional ou TCU), para instrução do procedimento.

Como exposto, o Tribunal de Contas da União possibilitou a manifestação da Presidente Dilma Rousseff quando do julgamento das contas anuais de 2014. Na ocasião, apontou como fundamento decisão do Supremo Tribunal Federal segundo a qual não se pode afastar "o direito de defesa e as demais prerrogativas inerentes ao *due process of law* aos que possam, **ainda que em sede de procedimento administrativo**, eventualmente expor-se aos riscos de uma sanção jurídica". Outro trecho do julgado colacionado na decisão do TCU aponta que:

> Cumpre ter presente que o Estado, em tema de sanções de natureza jurídica ou de limitações de caráter político-administrativo, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade institucional, o princípio da plenitude de defesa, pois – não custa enfatizar – o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer restrição imposta pelo Poder Público exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do postulado do devido processo legal.

Logo, ao afastar a necessidade de garantia de contraditório e ampla defesa na fase interna da tomada de contas especial, o Tribunal de Contas da União incorre em flagrante contradição legal e lógica.

4.3 – Legalidade e registro dos atos de pessoal

A atribuição do inciso III acerca da análise de legalidade e registro dos atos de pessoal ocorre por meio do envio de dados e parecer do controle interno ao Tribunal. Na Corte, o processo é

instruído por pareceres da unidade técnica responsável e do Ministério Público de Contas, seguindo então para julgamento. A competência de análise de legalidade para fins de registro dos atos de pessoal foi objeto da Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal:

> Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Os quatro julgados apontados como precedentes do enunciado consistem em ações de mandado de segurança[40]. No bojo dessas ações, os servidores e beneficiários dos atos de pessoal que tiveram registro negado pelo Tribunal de Contas da União questionavam a ausência de contraditório e ampla defesa no processo de análise de legalidade da Corte de Contas. Na hipótese, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu e passou a adotar tese de que existem dois momentos distintos para aferir a necessidade de garantia de contraditório e ampla defesa: a primeira trata da atuação administrativa, que independe de audiência do interessado, ao passo que a segunda cuida da decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior.

Quando o Tribunal de Contas da União se debruça sobre o ato pela primeira vez, a fim de verificar a legalidade e a possibilidade de registro, não há necessidade de oportunizar manifestação ao interessado, porquanto a relação se estabeleça apenas entre o Tribunal e a Administração Pública. O ato, para aperfeiçoar-se, depende da chancela e da homologação na forma de registro por parte da Corte de Contas. Trata-se de um único ato, originado da manifestação de vontade de dois órgãos, sendo o registro apenas uma das fases para consolidar o ato de concessão.

[40] MS 24.268/MG, MS 24.728/RJ, MS 24.754/DF e MS 24.742/DF.

Portanto, até a homologação do ato não se pode falar no envolvimento de litigantes, uma vez que ainda não se verifica a completude do direito do interessado[41]. No entanto, situação diversa é a que se observa quando o Tribunal de Contas reexamina de ofício sua própria decisão. Nesse caso o direito do interessado já está consolidado, pois o ato de aposentadoria, reforma ou pensão já se aperfeiçoou anteriormente e daí a necessidade de garantir-lhe contraditório e ampla defesa[42]. Assim, nesta segunda hipótese é formada uma nova relação jurídica, não apenas entre administração e TCU, mas entre o servidor público/beneficiário interessado e a Corte. Note-se que a eficácia plena do ato de pessoal depende da análise de legalidade pelo Tribunal de Contas e o consequente registro. Há, portanto, mais de uma manifestação envolvida.

O entendimento do STF expresso no enunciado sumular decorre da premissa adotada de que o ato de pessoal configura ato administrativo complexo. O ato administrativo complexo resulta da manifestação de vontade de dois ou mais órgãos, singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um único ato, havendo identidade de conteúdo e de fins[43]. No entanto, a doutrina tem apontado que o ato de pessoal não é complexo, mas sim composto. Os atos administrativos compostos são os que resultam da manifestação de vontade de dois ou mais órgãos, sendo que a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal.

A divergência entre doutrina e jurisprudência decorre do fato de a classificação ser baseada em linha extremamente tênue, pois

---

[41] Conforme se extrai do voto do Ministro Carlos Ayres Britto no mandado de segurança nº 24.268/MG: "Sr. Presidente, quando o Tribunal de Contas aprecia a legalidade de um ato concessivo de pensão, aposentadoria ou reforma, ele não precisa ouvir a parte diretamente interessada, porque a relação jurídica travada, nesse momento, é entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública".

[42] Destaca o Ministro Ayres Britto na continuidade do voto: "Num segundo momento, porém, concedida a aposentadoria, reconhecido o direito à pensão ou à reforma, já existe um ato jurídico que, no primeiro momento, até prove o contrário, chama-se ato jurídico perfeito, porque se perfez reunindo os elementos formadores que a lei exigia para tal. E, nesse caso, a pensão, mesmo fraudulenta — porque estou convencido, também, de que, na sua origem, ela foi fraudulenta —, ganha esse tônus de juridicidade".

[43] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. p. 267-268.

"enquanto no ato complexo fundem-se vontades para praticar um ato só, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser pressuposto ou complementar daquele"[44]. A respeito do tema, o próprio TCU editou a Súmula n.º 278, aduzindo que os atos de pessoal tem natureza jurídica complexa[45]. A orientação se deu em consonância com o entendimento já defendido e consolidado pelo Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do RMS 3.881, Pleno, Rel. Min. Nelson Hungria, julgado em 22/11/1957[46], no sentido de considerar as aposentadorias e concessões como atos administrativos complexos.

Ao afirmar que o ato de pessoal consiste em ato administrativo complexo, o Supremo Tribunal Federal sustenta, por conseguinte, que na análise de legalidade do ato não há necessidade de observância de contraditório e ampla defesa, tendo em vista que a decisão do órgão de controle integra a formação administrativa do ato. Conforme destacam Aguiar, Albuquerque e Medeiros[47], é justamente por conta da premissa adotada quanto a natureza jurídica do ato de pessoal que se permite que a apreciação inicial ocorra sem manifestação dos interessados. Não há que se cogitar da participação do interessado, vez que neste momento ele não incorporou ao seu patrimônio direito algum. Seu direito depende da chancela de legalidade da Corte de Contas para ser exigível.

---

[44] Ibidem p. 268.

[45] SÚMULA Nº 278 - Os atos de aposentadoria, reforma e pensão têm natureza jurídica de atos complexos, razão pela qual os prazos decadenciais a que se referem o § 2º do art. 260 do Regimento Interno e o art. 54 da Lei nº 9.784/99 começam a fluir a partir do momento em que se aperfeiçoam com a decisão do TCU que os considera legais ou ilegais, respectivamente.

[46] Conforme se lê no voto vencedor do Relator, "Ora, 'julgar a legalidade' não é apenas apreciar a regularidade formal do ato administrativo, como parece entender o acórdão recorrido: é julgar de todas as condições intrínsecas e extrínsecas da sua legalidade. Assim sendo, a decisão do Tribunal de Contas [...] não apenas dá executoriedade ao ato, como cria uma situação definitiva [...] o que se apresenta na espécie é um ato administrativo complexo [...]".

[47] AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 220.

Carlos Henrique Caldeira Jardim[48] observa que o ingresso dos titulares dos atos de admissão ou concessão tende a se restringir à fase de recursos, em que é facultada a interposição do pedido de reexame. Em suas palavras,

> A praxis sugere, portanto, ser apenas parcial a incidência da ampla defesa e do contraditório em sede de tais processos, na medida em que não assegura ao eventual atingido pela deliberação a participação em todo o arco do procedimento'.

No mesmo sentido Fajardo[49] afirma que o rito processual da Corte de Contas nesses casos "ignora a observação ao princípio do duplo grau de jurisdição". O contraditório e ampla defesa do servidor ou beneficiário e a necessária apreciação pelo Tribunal de Contas, dos fundamentos e fatos que venha a trazer, apenas será feita em sede de recurso. Na formação do ato administrativo complexo, exige-se a manifestação no mesmo sentido de dois ou mais órgão para que, então, este passe a ser válido e eficaz, de forma que não se confunde sua formação com relação processual. No entanto, este não parece ser o caso dos atos de pessoal.

Conforme a redação do art. 71, III, é competência da Corte de Contas "apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal [...], bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões". A apreciação de legalidade realizada pelo Tribunal de Contas não pode ser considerada manifestação de vontade ou requisito de formação do ato, haja vista se tratar de mera aferição de adequação aos requisitos legais para fins de controle da Administração. Todos os elementos de aperfeiçoamento do ato já são implementados quando a própria

[48] JARDIM, Carlos Henrique Caldeira. A incidência da ampla defesa e do contraditório em processos de apreciação de atos de pessoal. In: SOUSA JÚNIOR, Jose Geraldo de (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. p. 406.

[49] FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. Súmula vinculante nº 03 do STF: uma abordagem crítica sobre as garantias da ampla defesa e do contraditório nos processos perante o Tribunal de Contas da União. **Revista do TCU**, Brasília, DF, maio/ago 2008, p. 36.

Administração Pública realiza admissão ou concessão de benefício. Destaca Cás Maffini[50] que "tendo o Tribunal de Contas o mister de apreciar a legalidade (ou validade) dos atos sujeitos ao seu ato de registro, não se pode considerar tal apreciação uma manifestação volitiva componente ou requisito de sua formação".

Em verdade, o erro de premissa em relação a natureza jurídica do ato de pessoal faz com que se ignore o fato de que o controle dos atos de pessoal também se realiza por meio de um processo, no qual devem ser observadas todas as garantias processuais constitucionais. Assim, há de se filiar a corrente doutrinária segundo a qual o ato de pessoal consiste em ato administrativo composto, haja vista que os atos praticados pela Administração são distintos e decorrem de competências diversas daqueles praticados pelo Tribunal de Contas – o primeiro concede e o segundo controla sua legalidade por meio de um processo[51].

Diante disso, ao estabelecer exceção expressa de observância de contraditório e ampla defesa na análise de legalidade de concessão inicial de ato de pessoal, a Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal incorre em evidente inconstitucionalidade.

---

[50] MAFFINI, Rafael de Cás. Atos Administrativos Sujeitos a Registro pelos Tribunais de Conta e a Decadência da Prerrogativa Anulatória da Administração Pública. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 4, n. 7, out. 2014. p. 525.

[51] O Superior Tribunal de Justiça reconheceu esta tese em julgado esparso, afirmando que "conquanto venha sendo repetida como verdadeiro dogma a premissa adotada em julgados recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o ato de aposentadoria de servidor público estaria inserido na categoria dos atos administrativos complexos e dependeria, para se aperfeiçoar, da manifestação favorável do Tribunal de Contas, não encontra respaldo na teoria administrativista mais atual. Conforme bem salientado no acórdão objeto dos embargos de divergência, "a aposentadoria de servidor público não é ato complexo, pois não se conjugam as vontades da Administração e do Tribunal de Contas para concedê-la. São atos distintos e praticados no manejo de competências igualmente diversas, na medida em que a primeira concede e o segundo controla sua legalidade". (STJ - AgRg nos EREsp: 1047524 SC 2009/0243307-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 14/05/2014, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/11/2014).

5. Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 avançou e muito em matéria de controle, especialmente em relação às competências do Tribunal de Contas da União. No entanto, por mais que se reconheça a relevância e necessidade de fiscalizar a atuação da Administração Pública, não se pode ignorar as garantias constitucionais dos interessados em detrimento da efetividade do controle. É justamente por este motivo que a Constituição Federal de 1988 prevê uma série de limites a atividade de controladoria. Dentre estas, se destacou no presente trabalho a exigência de observar o devido processo legal e os postulados do contraditório e ampla defesa.

Tal exigência decorre precisamente do fato de que todas as decisões da Corte são dotadas de processualidade. Não por acaso o texto constitucional dá estruturação semelhante ao TCU se comparado aos tribunais com função de jurisdição. A semelhança do que ocorre no judiciário, também as atribuições da Corte de Contas devem se desenvolver por meio de processos. Por este motivo, é imperiosa a observância de todas as garantias constitucionais a ele inerentes, especialmente o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, previstos nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

Desta forma, independente de qual competência esteja o Tribunal de Contas exercendo e seja qual for o momento do exercício de controle, imperiosa é a garantia de contraditório e ampla defesa. Contudo, não é isso que se observa na prática. Como exposto no decorrer do trabalho, a participação do interessado deve ocorrer especialmente durante a elaboração de parecer prévio acerca das contas do Presidente da República (art. 71, I), nas tomadas de contas ordinárias e extraordinárias (art. 71, II) e na análise de legalidade dos atos de pessoal (art. 71, III).

Em relação ao parecer prévio, apontou-se que o Tribunal de Contas da União inovou no julgamento das contas presidenciais anuais de 2014, de responsabilidade da Presidente Dilma Vana Rousseff. Na

hipótese, a Corte abriu prazo para manifestação da Presidente por conta dos indícios de irregularidade aferidos. De acordo com o próprio Relator do processo, Ministro Augusto Nardes, a mudança de posicionamento do TCU se deu com o objetivo de garantia do devido processo legal e em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse contexto, há de se reconhecer o esforço do Tribunal no sentido de superar o velho pensamento de que a participação do interessado acarreta em prejuízo à atividade fiscalizatória.

O mesmo posicionamento garantidor é observado nas tomadas de contas ordinárias. Nesses processos, os responsáveis pelas contas têm obrigação de prestá-las e, caso sejam detectadas irregularidades, o Tribunal deve determinar a realização de diligência, audiência prévia ou citação dos interessados. Se não atendidas as solicitações do Tribunal, o responsável será considerado revel e como tal julgado. Já em relação às tomadas de contas extraordinárias e especiais não se pode dizer o mesmo. Como visto, tanto doutrina como jurisprudência operam divisão a respeito dos momentos deste processo, aventando a existência de uma fase interna e uma fase externa.

A fase interna consiste na tomada de providências da autoridade administrativa para apurar irregularidade que resulte prejuízo ao erário. Por sua vez, a fase externa consiste no encaminhamento do procedimento administrativo ao TCU para processamento e julgamento. Nesse contexto, sustenta-se que há necessidade de garantir a participação do interessado apenas na fase externa, haja vista que na fase interna não há qualquer imputação ao agente público, mas apenas verificação de fatos e apuração de autoria. Nesta linha de pensamento, a fase interna da tomada de contas especial se assemelha ao inquérito policial, procedimento em que não há relação processual ou prejuízo ao responsável.

Ocorre que conforme destacado no presente trabalho, este entendimento não parece se coadunar com as disposições da Instrução Normativa TCU nº 17, assim como art. 31 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Ainda, necessário apontar que o

posicionamento é flagrantemente contraditório em relação ao que se defendeu na ocasião do julgamento das contas da Presidente da República do exercício de 2014.

Ao colocar lado a lado ambas as formas de processualidade, temos que: 1) a fase interna da tomada de contas especial corresponde ao procedimento de apreciação do TCU para elaboração do parecer prévio e; 2) a fase externa equivale ao efetivo julgamento das contas pelo Congresso Nacional. Logo, em ambos os casos seria possível a manifestação do interessado (Presidente da República ou responsável pelas contas) anterior a emissão de relatório (parecer prévio do TCU ou relatório do tomador de contas), que será posteriormente encaminhado ao órgão responsável pelo julgamento (Congresso Nacional ou TCU), para instrução do procedimento.

Desta forma, os posicionamentos adotados pelo Tribunal de Contas da União para justificar a inaplicabilidade de contraditório e ampla defesa não parecem ser razoáveis. Em primeiro lugar porque há uma contradição legal em relação às normativas regentes do exercício de controle da Corte e, em segundo, porque há também contradição lógica entre o que adota na apreciação das contas anuais presidenciais e nas tomadas de contas especiais.

Por fim, a última competência analisada foi a que se refere à análise de legalidade dos atos de pessoal. Tal competência é objeto da Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal, a qual estabelece exceção expressa de observância de contraditório e ampla defesa na "apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão". Como apontado, o entendimento sustentado pelo STF decorre de um erro de premissa a respeito da natureza jurídica do ato de pessoal. Segundo a Corte Constitucional, o ato de pessoal consiste em ato administrativo complexo, uma vez que a apreciação do Tribunal de Contas da União acarreta em manifestação de vontade que integra a formação do ato.

Assim, antes da manifestação do TCU não há de se falar em qualquer direito do servidor/beneficiário, haja vista que o ato não se aperfeiçoou. No entanto, a doutrina mais avançada do tema indica

que o ato de pessoal é um ato administrativo composto, e não complexo como sustentado pelo STF. Este parece ser o entendimento mais apurado, pois a manifestação do Tribunal de Contas da União não é volitiva e nem voltada a integração do ato. Em verdade, a manifestação do TCU consiste em exercício de controle, com o intuito de aferir a legalidade ou não da atuação da Administração Pública.

Vale dizer, quando o Tribunal de Contas realiza a análise para fins de registro, o direito do interessado já está consolidado, pois o ato de aposentadoria, reforma ou pensão já se aperfeiçoou anteriormente. O erro de premissa a respeito da natureza jurídica do ato administrativo de pessoal faz com que o Supremo Tribunal Federal ignore a processualidade da análise de legalidade operada pelo Tribunal de Contas da União. Não se pode ignorar que a decisão do TCU pode culminar em prejuízo extremo a parte, tal como a suspensão do benefício ou necessidade de retorno a atividade. Sendo assim, ao relativizar a incidência de contraditório e ampla defesa nesta forma de processualidade de controle, a Súmula Vinculante nº 3 do STF incorre em flagrante inconstitucionalidade. É urgente a necessidade de revisão do posicionamento.

Da análise conclui-se, portanto, que a aplicabilidade de contraditório e ampla defesa no âmbito do Tribunal de Contas da União é relativa. Quanto tratar-se de processo de elaboração de parecer prévio e tomada de contas ordinária, os postulados constitucionais se impõe. Contudo, o mesmo não se aplica às tomadas de contas especiais e à análise de legalidade dos atos de pessoal. Nestes casos, o exercício de contraditório e ampla defesa fica adstrito a fase externa ou a fase recursal do processo.

6. Referências

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira. **Devido processo legal: observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle.** Revista TCEMG, Minas Ger ais, Out/Nov/Dez 2013, Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2286.pdf> Acesso em: 09 set. 2017.

CALDAS FURTADO, J. R. Processo e eficácia das decisões do Tribunal de Contas. **Revista Controle: doutrina e artigos**. Fortaleza, v. 12, n. 1, jun. 2014.

COSTA, Antonio França da. **Controle de legitima do gasto público pelos tribunais de contas no Brasil**. 2015. 188f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador. 2015.

COSTA, Luiz Bernardo Dias Costas. **O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo**. 2005. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Curitiba. 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. Súmula vinculante nº 03 do STF: uma abordagem crítica sobre as garantias da ampla defesa e do contraditório nos processos perante o Tribunal de Contas da União. **Revista do TCU**, Brasília, DF, maio/ago 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública**. 3ª ed. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2005.

GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. In ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira. Devido processo legal: observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle. Revista TCEMG, Minas Gerais, Out/Nov/Dez 2013, Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2286.pdf> Acesso em: 09 set. 2017.

JARDIM, Carlos Henrique Caldeira. A incidência da ampla defesa e do contraditório em processos de apreciação de atos de pessoal. In: SOUSA JÚNIOR, Jose Geraldo de (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo: Teoria e Jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo. Método, 2015. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/296662344/Controle-Externo-6%C2%AA-Ed-2015-Luiz-Henrique>. Acesso em: 24 ago. 17.

MAFFINI, Rafael de Cás. Atos Administrativos Sujeitos a Registro pelos Tribunais de Conta e a Decadência da Prerrogativa Anulatória da Administração Pública. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 4, n. 7, out. 2014. ISSN 2317-8558

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 209, jul/set. 1997.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Direito Eleitoral

14

30 anos da Constituição Federal e a reforma política: mudanças para a manutenção do *status quo*[1]

Ana Claudia Santano [2]

Introdução

A Constituição Federal de 1988 completa 30 anos. Trata-se de um projeto ambicioso, desejado, que abriu as portas da democracia para o Brasil, durante o que se denomina como 3° onda redemocratizadora.[3] Havia, naquele momento, toda uma mobilização popular que vinha desde o movimento das Diretas Já, clamando por uma nova ordem constitucional que rompesse definitivamente as amarras do regime ditatorial,[4] resultando, assim, na elaboração da Constituição Federal de 1988, também conhecida como "Constituição Cidadã".[5]

---

[1] Palestra proferida no I Congresso de Direito Público UEPG, "30 anos da Constituição para quem?", realizado entre os dias 8 a 10 de outubro de 2018, a convite do Centro Acadêmico Carvalho Santos (CACS), da Universidade Estadual de Ponta Grossa, a quem a autora agradece tanto a oportunidade de palestrar quanto para publicar a exposição elaborada.

[2] Professora do programa de pós-graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil. Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha. Autora de diversos trabalhos acadêmicos sobre o tema do financiamento político. E-mail: anaclaudiasantano@yahoo.com.br

[3] Cf. HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. US: University of Oklahoma Press, 1992. p. 3 e ss.

[4] SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 201.

[5] Alcunha dada por Ulisses Guimarães no momento da promulgação do texto, em 5 de outubro de 1988, sendo amplamente repetido por toda a doutrina. Nesse sentido, cf. CHUEIRI, Vera Karam de. *Fundamentos do Direito Constitucional.* Curitiba: IESDE, 2009. p. 33.

No entanto, ainda que seus 30 anos seja um grande motivo de celebração, o momento pede também uma reflexão, considerando que, infelizmente, o texto constitucional claudica diante de uma sociedade que não a adota como o seu pilar, e que seu conteúdo goza de um prestígio que oscila, sendo, por vezes, ignorada, vilipendiada, violada, mudada à sua revelia e interpretada conforme os ventos, por todos os poderes, sem exceção. Até mesmo quem deveria defendê-la, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, parece que já não a tutela da forma devida, tendo em vista os inúmeros casos polêmicos que foram julgados de maneira ainda mais polêmica pelos ministros que compõe a Corte.[6]

Contudo, o tema central dessa breve exposição são as modificações do texto constitucional dentro do que se entende por reforma política, que são alterações legislativas referentes às regras das eleições e dos partidos. Para tanto, a exposição, primeiramente, abordará as alterações referente aos temas contidos no art. 14, logo no art. 17, para então citar outros dispositivos constitucionais objeto de reforma. Nesse texto, as reformas consideradas são somente as que alcançaram regras constitucionais, restando para outra oportunidade uma análise sobre as reformas infraconstitucionais.

1. Alterações referentes aos temas contidos no art. 14 da Constituição Federal de 1988

Os direitos políticos estão detalhados no art. 14 da Constituição de 1988, e este diz claramente que a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e voto direto, com igual valor para todos.

Sobre esses tópicos, pouco foi atingido pelas reformas políticas. Contudo, não se pode dizer o mesmo quando se analisa os parágrafos desse artigo, uma vez que ali sim se encontram vários temas objeto de modificação.

[6] Apenas para ilustrar a afirmação, cite-se os casos referente à prisão em segunda instância (Habeas Corpus 126292, ADCs 43 e 44); Suspensão de Liminar (SL 1178) referente à entrevista do ex-presidente Lula e liberdade de expressão; ADPF 153, referente à Lei de Anistia, e tantos outros casos.

O primeiro deles foi referente à reeleição. A Emenda Constitucional nº 16 de 1997 determinou que os cargos do Executivo Federal, Estadual e Municipal pudessem se reeleger.[7] É uma regra que não consta nas constituições brasileiras anteriores, mas que acompanhou a tendência latino-americana de adoção da reeleição imediata, de um mandato para outro mandato.[8]

Essa emenda é objeto de grande polêmica e de denúncias de compra de votos de parlamentares.[9] Porém, ainda que não seja um consenso, o fato é que as tentativas de sua revogação ainda não deram frutos. Há em trâmite um Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 113A/2015[10]) já aprovado na Câmara de Deputados e que se encontra pronto para ir ao Plenário no Senado Federal.[11] Contudo, trata-se de uma PEC complexa, repleta de outros temas. Traz matérias densas, como a constitucionalização do financiamento de partidos políticos por pessoas jurídicas (algo atualmente proibido), dentre outros, o que sugere atenção com o seu texto.

Outro ponto que foi objeto de modificação constante em um dos parágrafos do art. 14 não se pode dizer que tenha sido alterado

---

[7] Sobre o tema, cf. SALGADO, Eneida Desiree; BERNARDELLI, Paula. A adoção da reeleição para o Poder Executivo no Brasil e suas incoerências com o sistema constitucional e eleitoral. In: SANTANO, Ana Claudia. (Org.). *Reeleição presidencial nos sistemas políticos das Américas*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 97-111.

[8] Sobre o tema, cf. um estudo completo sobre todos os países presidencialistas das Américas: SANTANO, Ana Claudia. (Org.). *Reeleição presidencial nos sistemas políticos das Américas*. Curitiba: Íthala, 2015.

[9] Algo ainda muito debatido até os dias de hoje. Cf. < https://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2014/06/16/conheca-a-historia-da-compra-de-votos-a-favor-da-emenda-da-reeleicao/> Acesso em 15 Out. 2018.

[10] Explicação da Ementa da PEC: Reforma política e eleitoral permite doações de pessoas físicas ou jurídicas a partidos e apenas de pessoas físicas a candidatos, nos limites da lei; proíbe a reeleição para os cargos executivos; limita o acesso aos recursos do fundo partidário e aos programas gratuitos de rádio e TV aos partidos que tenham elegido pelo menos um representante no Congresso Nacional na eleição anterior; reduz as idades mínimas para o exercício de mandatos eletivos, exceto para Presidente e Vice-Presidente da República; reduz os requisitos para a apresentação de projeto de lei de iniciativa popular; estabelece que as Resoluções e atos normativos do TSE só terão eficácia após decorridos dezoito meses da data de sua vigência; determina a impressão e confirmação do voto pelo eleitor na urna eletrônica; veda a reeleição para os mesmos cargos nas Mesas da Câmara e do Senado; estabelece condições específicas de elegibilidade para policiais e bombeiros militares.

[11] Consulta feita no site do Senado Federal em 08 de outubro de 2018.

por alguma reforma, mas sim que sofreu alterações em sua regulação, que é por lei complementar. São as condições de inelegibilidade, que se referem ao impedimento ao exercício da cidadania passiva, e, com isso, o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para um cargo eletivo. É, nas palavras de José Jairo Gomes, um fator negativo que obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva de uma pessoa, tornando-o inapto para receber votos.[12] Estas condições se encontram no §9° do art. 14 da Constituição, e foram objeto de uma profunda releitura a partir do que se conhece como Lei da Ficha Limpa, que alterou a Lei Complementar n° 64/90, que regulamenta o referido dispositivo constitucional.

A Lei da Ficha Limpa trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro nada menos que 16 (dezesseis) hipóteses de inelegibilidade, algo muito além do que dispõe a Constituição ou até mesmo o Pacto de San José da Costa Rica[13] (Convenção Americana de Direitos Humanos) que, em seu art. 23[14], permite que as leis internas dos Estados-membros (dentre eles encontra-se o Brasil) regule o exercício de direitos políticos somente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal. Esse tema das inelegibilidades é algo que vem causando muito conflito entre o entendimento da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os ordenamentos jurídicos dos Estados-parte da Convenção.[15] No que alcança o Brasil,

[12] GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 10° ed., São Paulo: Atlas, 2014. p. 165.

[13] Promulgado pelo Brasil através do Decreto Presidencial n° 678, de 6 de novembro de 1992.

[14] O art. 23 garante a todos os cidadãos o direito de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

[15] Tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto a Corte já tiveram oportunidade de se manifestar sobre essas vedações no caso Yatama vs. Nicarágua (decisão de 23 de junho de 2005); López Mendoza vs. Venezuela (decisão de 01 de setembro de 2011); Gustavo Petro Urrego vs. Colômbia (com medida cautelar imposta pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos desde 2014), dentre outros. Nesses casos, o que se debate é o direito de ser eleito – e permanecer eleito -, diante de

certamente cabe a ressalva de que essa cláusula afeta diretamente a Lei da Ficha Limpa em muitos de seus incisos.[16]

Conhecida por ser fruto de iniciativa popular (mas isso não corresponde totalmente à realidade[17]), a lei clamava por uma maior moralização na política, convocando a todos ao combate à corrupção.[18] É inegável que a proposta foi totalmente caracterizada por valores um tanto quanto difíceis de serem objetivos, como probidade e moralidade.[19] Um discurso facilmente aceito pela população, já que, por óbvio, quem seria contra o combate à corrupção e à limpeza na classe política?

---

decisões de órgãos outros que não sejam uma condenação, por juiz competente, em processo penal. Para uma análise mais detalhada sobre esses casos, vid., por todos: AMAYA, Jorge Alejandro; LOIANNO, Adelina. Derechos Políticos y medidas cautelares de la CIDH: reflexiones e interrogantes del caso 'Gustavo Petro'. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. nº 21, p. 295-321, ene./jun., 2014; e AMAYA, Jorge Alejandro. Tensiones entre decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho interno de los Estados en materia de derechos políticos. *Lex*. nº 18, año XIV, p. 19-33, 2016.

[16] Ainda que não seja objeto desse trabalho, deve-se mencionar o debate doutrinário acerca da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010, que alterou a LC 64/1990, mais conhecida como Lei das Inelegibilidades), bem como sobre um eventual controle de convencionalidade a ser aplicado sobre essa lei. Vid., contra a adequação da Lei da Ficha Limpa, o pioneiro trabalho de FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa*: Direitos políticos e inelegibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015 (com versão mais abreviada em FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral* – RBDE, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 55-103, jul./dez. 2014); e BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. *Revista Direito GV*, v. 11, n. 1, p. 223-255, jan. 2015. Já a favor da adequação da mesma lei, cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 837-840.

[17] Embora não tenha sido assim acampada pelo Congresso Nacional, já que, a despeito de mais de 1.300.000 assinaturas colhidas, não chegou a atingir as exigências legais para ser apresentada no parlamento, sendo o projeto adotado pelo deputado Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ) e outros 21 deputados, que formalmente figuram como autores da proposição (BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, ano LXIV, n. 175, p. 55174, 07 out. 2009. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07OUT2009.pdf#page=82>. Acesso em 16 Out. 2018).

[18] Para um descritivo da lei, cf. PINTO, Djalma; PETERSEN, Elke Braid. *Comentários à Lei da Ficha Limpa*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 2 e ss.

[19] Há autores que entendem que se tentou uma maior tradução objetiva da moralidade e a probidade buscadas no combate à corrupção por meio desta lei, o que desde já se discorda. Neste sentido, cf. CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. "Ficha limpa" e questões constitucionais. "Direito Eleitoral do Inimigo" (retroagir?). *Estudos Eleitorais*. v. 5, nº 1, jan./abr., 2010. p. 69-70.

Fortes vozes se levantaram contra a aprovação da Lei da Ficha Limpa apontando diversas razões para a sua inconstitucionalidade, como a afronta ao princípio da presunção de inocência, da segurança jurídica, da anterioridade, e muitos outros vícios que a cercavam.[20] Estava claro que o Supremo Tribunal Federal deveria se pronunciar sobre o assunto.[21] O que não se esperava era que a retórica moralizadora também fosse aderida pelo STF quando do julgamento da constitucionalidade ou não da lei em questão, [22] sobrepondo-se aos cânones insculpidos no texto constitucional.[23] Um ponto de reflexão aqui é que, até os dias de hoje, não houve um esforço por parte do STF ou dos Tribunais em geral para definir conceitos como o de moralidade. Ou seja, a ausência de uma conceitualização – ou de uma aproximação a um padrão de "juízo moral", se é que isso é possível - permite a presença de uma expressiva subjetividade na aplicação da norma, quando não a sua não observância, se esta não atender ao código moral interno do julgador, algo que, em se tratando de direitos políticos, é muito preocupante.[24]

---

[20] Devido aos limites deste trabalho, não é possível expor o debate sobre a constitucionalidade da lei complementar 135/2010. Há inúmeros trabalhos que tratam sobre isto em profundidade, dos quais se recomenda: SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do Legislativo ao Judiciário: a LC C135/10 ("Lei da Ficha Limpa"), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A lei ficha limpa em revista e os empates no STF: liberdades políticas em questão e o dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável. *DPU*, nº 38, p. 199-212, mar./abr. 2011.

[21] Neste sentido, cf. ADC nº 29, apresentada pelo Partido Popular Socialista – PPS; Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30, apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB; e ADI 4578 apresentada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL.

[22] Este discurso moralizador, bem como a postura que se tomou desde o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral, é muito destacada no trabalho de Marcelo Peregrino. Cf. FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa:* Direitos políticos e inelegibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 209.

[23] Inclusive amparando seus votos em princípios, contra o texto constitucional. Cf. KOERNER, Andrei. Judiciário e moralização da política: três reflexões sobre as tendências recentes no Brasil. *Pensar*. v. 18, nº 3, Fortaleza, set./dez., 2013. p. 704.

[24] Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais - Trunfos Contra a Maioria. Coimbra: Almedina, 2006. p. 59 e ss.

A Lei da Ficha Limpa traz situações de inelegibilidade difíceis de justificar em um sistema que possui os Direitos Fundamentais como o seu pilar principal. Uma dessas hipóteses é a inelegibilidade constante no art. 1º, I, alínea "m" da Lei Complementar 64/90, que diz que se torna inelegível aquele que for excluído do exercício da profissão por decisão do órgão colegiado da entidade de carreira, em decorrência de infração ético-profissional. Nesse sentido, cada Conselho Profissional tem uma normativa própria – e não muito clara, na maior parte das vezes -, sobre sanções disciplinares, o que amplia e torna a aplicação dessa regra de inelegibilidade ainda mais incerta.

Os reflexos da Lei da Ficha Limpa se tornaram evidentes a partir da eleição do Congresso Nacional de 2014 e em 2018, ambos pactuados com pautas religiosas, policialescas, militares, morais, latifundiárias. Do ponto de vista da representação, parece que essa conformação do Congresso nunca foi tão ilustrativa da sociedade brasileira. Do ponto de vista democrático, nem tanto, tendo em vista a vulneração dos votos diante da palavra final do julgador eleitoral, quem realmente decide quem está ou não inelegível.

2. Alterações referentes aos temas contidos no art. 17 da Constituição Federal de 1988

Passando a análise do art. 17 da Constituição Federal e suas modificações, a matéria sobre partidos políticos ganha relevância, uma vez que são reconhecidamente os protagonistas no sistema político brasileiro. É através deles que se pode lançar candidatos, havendo tanto o monopólio partidário para a apresentação dessas candidaturas, como também a filiação partidária como condição de elegibilidade.[25]

Esse artigo sofreu várias modificações não no seu texto, mas na sua regulação infraconstitucional, que terminou repercutindo em

[25] Para um estudo sobre o tema das candidaturas, com ênfase nas independentes, cf. SANTANO, Ana Claudia. *Candidaturas independentes*. Curitiba: Íthala, 2018.

seu conteúdo. Para tanto, ainda que não se abordará, como já dito, as reformas políticas infraconstitucionais, já basta para a análise a EC 52/2006 e a 97/17. Ambas são frutos da constante queda de braço entre o Congresso Nacional e o Poder Judiciário e são, por si só, muito ilustrativas dos impactos das reformas.

Sobre a EC 52/2006, o episódio teve início quando o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em resposta a uma consulta feita pelo Partido Social Liberal (PSL) sobre a interpretação do art. 6° da Lei 9504/97, referente às coligações.[26] A Corte entendeu na ocasião que os partidos políticos têm caráter nacional e que, assim, as coligações formadas pelas siglas no âmbito nacional deveriam prevalecer nos níveis estaduais, havendo o que se denominou de verticalização das coligações.[27]

No entanto, sabe-se que o tão almejado caráter nacional dos partidos políticos é um tanto quanto fictício, e que as siglas se diferem muito entre os estados e municípios. Assim, sob a alegação de interferência na autonomia partidária, constante no art. 17 da Constituição Federal, aprovou-se a EC 52/2006, que modificou o §1° do inciso IV do mesmo art. 17, para reafirmar a autonomia partidária, inclusive para adotar critérios de escolha e regime de suas coligações, sem a obrigatoriedade de vinculação entre os âmbitos estadual e nacional das agremiações.[28] Atualmente, as

[26] Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

[27] Vale lembrar que a questão envolvendo a verticalização das coligações não tem início em 2006, mas sim em 2001. Para um relato completo, cf. LANE, Pedro. *Estudo dirigido*: Verticalização das coligações partidárias. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/187_Estudo%20Dirigido%20-%20Verticalizacao%20das%20Coligacoes%20Partidarias%20-%20Pedro%20Lane.pdf> Acesso em 16 Out. 2018.

[28] Esta era a redação do dispositivo, com as alterações inseridas pela EC 52/2006: "§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária."

coligações estão proibidas a partir de 2020, com o advento da EC 97/17.[29]

Porém, surgiu outra polêmica envolvendo a autonomia partidária e os partidos políticos, referente à duração e funcionamento os órgãos permanentes e provisórios das agremiações. Pois bem, o TSE vem, desde 2016, exigindo dos partidos políticos mais responsabilidade no que tange às chamadas Comissões Provisórias municipais. Na prática, não é incomum que o "provisório" seja permanente, mas que fica nessa condição apenas para que se possa manter o controle da comissão pelo partido. Assim, quem compõe aquele órgão partidário deve ser alinhado com os caciques, ou pode ser determinada a dissolução do órgão provisório pela agremiação somente para trocar os nomes por outros que se encontram mais ao lado de seus "padrinhos".[30]

Como essa prática é muito comum, o TSE inseriu uma regra sobre o tema na Resolução nº 23.465/2015, no art. 39, que determinou que "as anotações relativas aos órgãos provisórios têm validade de 120 dias" e, em seu § 1º, que "em situações excepcionais e devidamente justificadas, o partido político pode requerer ao presidente do Tribunal Eleitoral competente a prorrogação do prazo de validade previsto neste artigo, pelo período necessário à realização da convenção para escolha dos novos dirigentes."[31]

Os partidos encararam isso como uma interferência indevida em sua autonomia partidária, sendo que outros setores entenderam que a resolução extrapolava o seu espaço de regulamentação.[32] A partir disso, iniciaram-se as movimentações para a aprovação da EC

[29] Art. 2º A vedação à celebração de coligações nas eleições proporcionais, prevista no § 1º do art. 17 da Constituição Federal, aplicar-se-á a partir das eleições de 2020.

[30] E continua sendo assim; Cf. <https://oglobo.globo.com/brasil/caciques-controlam-partidos-com-comissoes-provisorias-22311659> Acesso em 16 Out. 2018.

[31] Proposta pelo Min. Henrique Neves.

[32] Como exemplo, cf. ALARCON, Anderson; GRESTA, Roberta Maia. Proibir comissões provisórias é remédio pior que a doença. *Conjur*. 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-16/proibir-comissoes-provisorias-quando-remedio-pior-doenca> Acesso em 16 Out. 2018.

97/17, que também modificava o §1º do art. 17 da Constituição Federal, para estabelecer que a autonomia partidária também garante que a duração dos órgãos partidários sejam um assunto *interna corporis*.[33] Essa EC praticamente blinda os partidos políticos de toda e qualquer ação que se possa pensar em fazer, o que é difícil de justificar, ao meu sentir, considerando que estamos em uma república e que nenhum órgão ou entidade deveria estar isenta de controle.[34]

Outro tema de extrema relevância que veio com a EC 97/17 foi a cláusula de barreira – que eu chamarei de cláusula de acesso -, tanto ao fundo partidário como o horário partidário gratuito (que foi extinto com a aprovação da Lei 13.487/17, uma das responsáveis pela última reforma política[35]).

Assim, na EC 97/17 ficou aprovado que somente terão acesso a esses benefícios os partidos políticos que obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo 3% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço dos estados, com o mínimo de 2% dos votos válidos em cada um deles, ou que tiverem elegido pelo menos 15 deputados estaduais em pelo menos um terço dos estados. Caso a agremiação não cumpra esses requisitos, o parlamentar eleito por ela poderá trocar de legenda sem perder o mandato, para outra que tenha alcançado a cláusula.[36] Há uma regra de transição

---

[33] A redação do dispositivo com as alterações da EC 97/17 ficou: "§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária".

[34] Sobre o tema, cf. SANTANO, Ana Claudia. Vamos discutir deveres dos partidos na democracia brasileira? Um controle da qualidade dos partidos amparado pela Constituição. *JOTA*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/e-leitor/e-leitor-vamos-discutir-os-deveres-dos-partidos-na-democracia-brasileira-01032016> Acesso em 16 Out. 2018.

[35] Art. 5º Ficam revogados, a partir do dia 10 de janeiro subsequente à publicação desta Lei, os arts. 45, 46, 47, 48 e 49 e o parágrafo único do art. 52 da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995.

[36] § 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: I - obtiverem, nas eleições para a Câmara

para a aplicação dessa cláusula tal como descrita, e consta no texto da EC 97/17. Nesse sentido, o disposto no § 3º do art. 17 da Constituição Federal quanto ao acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão aplicar-se-á a partir das eleições de 2030. Antes disso, terão acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos políticos que, na legislatura seguinte às eleições de 2018 obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% dos votos válidos em cada uma delas; ou tiverem elegido pelo menos nove Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação. Já na legislatura seguinte às eleições de 2022, os que obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% dos votos válidos em cada uma delas; ou tiverem elegido pelo menos onze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação. E na legislatura seguinte às eleições de 2026, os que obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2,5% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1,5% dos votos válidos em cada uma delas; ou tiverem elegido pelo menos treze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.[37]

dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou II - tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação. (...) § 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão.

[37] Foi utilizada a redação original da EC 97/17.

A cláusula de barreira não é algo novo no sistema brasileiro. Constava no art. 13 da lei 9096/95[38], mas se referia ao seu funcionamento parlamentar, que por si só já é um conceito incerto e muito confundido com desempenho partidário.[39] Na regra de então, eram 5% dos votos válidos para a Câmara de Deputados em um terço dos estados, com o mínimo de 2% em cada um deles. Essa regra foi declarada inconstitucional pelo STF por meio das ADIs 1351-3 e 1354-8, mas não deixou de ser polêmica desde então.[40] Inclusive, já houve pronunciamento de ministros da Corte afirmando que o resultado do julgamento foi um "erro" e que a proliferação dos partidos prejudica o sistema, bem como confunde o eleitor.[41]

Agora, com a cláusula de acesso em vigor, a tendência é que haja um forte enxugamento no sistema e que será gradativo, já que para as próximas eleições o número de deputados e os percentuais irão aumentar. Haverá um saneamento do sistema de partidos de fora para dentro, podendo, inclusive, envolver os partidos médios para o mesmo destino. Apenas como ilustração, por meio de um levantamento divulgado na imprensa, dos 30 partidos que elegeram deputados federais, cerca de 12 serão alcançados pela cláusula.[42]

---

[38] Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

[39] Katia de Carvalho conceitua funcionamento parlamentar como "do direito, emanado da própria democracia representativa, de os partidos se fazerem representar como tal nas casas legislativas que obtiveram assento, isto é, consiste no direito de seus membros se organizarem em bancadas (que poderão se justapor em blocos), sob a direção de Líder, de sua livre escolha, atuando à frente dos cargos que lhes couberem, em respeito ao princípio da proporcional partidária, erigida pela Constituição Federal". (In: CARVALHO, Katia de. Cláusula de barreira e funcionamento parlamentar. *Estudos Eleitorais*, v. 2, n. 3, p. 67-78, maio/ago. 2006).

[40] Para um estudo mais abrangente sobre a cláusula de barreira, cf. SANTANO, Ana Claudia. A Questão da Cláusula de Barreira Dentro do Sistema Partidário Brasileiro. *Paraná Eleitoral*, v. 63, p. 47-81, 2007.

[41] Cf. < https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/11/27/gilmar-mendes-chama-de-tragedia-o-excesso-de-partidos-no-brasil-e-culpa-o-stf.htm> Acesso em 16 Out. 2018.

[42] Cf. < https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/10/13/Cl%C3%A1usula-de-barreira-os-efeitos-numa-C%C3%A2mara-fragmentada> Acesso em 16 Out. 2018.

3. Outros dispositivos constitucionais

No que tange outros artigos do texto constitucional que foram objeto de reformas políticas, deve-se mencionar o tema do sistema eleitoral proporcional, alvo de muitas tentativas de reforma sem sucesso. Nenhuma delas prosperou até o momento, e espera-se que continue assim.

O art. 45 da Constituição determina o sistema proporcional como forma de eleição das casas que representam o povo, ou seja, Câmara de Vereadores, Assembleias Legislativas e Câmara de Deputados.[43] Cargos de chefe do Poder Executivo e o Senado são escolhidos pelo voto majoritário, nos termos do art. 46[44] e do §2º do art. 77[45] da Constituição Federal.

Nesse sentido, em 2007 a Câmara rejeitou a adoção do sistema de lista fechada, que é quando o eleitor vota em uma lista de candidatos pré-elaborada pelos partidos políticos. O PL 1210/2007 teve como resultado da votação 252 votos contrários, 181 votos a favor, e 3 abstenções.[46]

Já em 2015, esse debate voltou com muita força por meio da PEC 182/07, mas que também foi rejeitado. Por 402 votos a 21 e 2 abstenções, a lista fechada, o sistema distrital misto[47] e o "distritão"[48] não foram aprovados.

---

[43] Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

[44] Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

[45] Art. 77. (...) § 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

[46] Cf. < https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=353741#marcacao-conteudo-portal> Acesso em 18 Out. 2018.

[47] Sistema eleitoral que divide as circunscrições em distritos, sendo uma parte das cadeiras de cada distrito eleitas pelo sistema proporcional, e outra pelo majoritário.

[48] Sistema eleitoral que divide as circunscrições em distritos, sendo todas as cadeiras eleitas pelo voto majoritário.

Contudo, logo em 2017 o tema regressa à pauta, também com muita força, por meio da PEC 77/03. Com 238 votos contrários, 205 favoráveis e 1 abstenção, outra vez foi rejeitado o "distritão", que claramente entra em conflito com o disposto no art. 45 da Constituição Federal.[49]

Outro tema – este bem mais delicado - é o do financiamento de partidos políticos e de campanhas. E aqui vou envolver o STF e a ADI 4650, que determinou a proibição de doações de pessoas jurídicas em 2015, tanto para partidos como para candidatos.[50] Pois bem, trata-se de um forte ativismo moral, uma vez que a Constituição Federal não indica nenhum modelo de financiamento, limitando-se a colocar sob os partidos o dever de prestar contas, tal como consta no art. 17, III. Contudo, ao meu ver, o STF invadiu o espaço de competência legislativa ao declarar inconstitucionais essas doações após 18 anos de vigência da Lei 9504/97, gerando muitos problemas de escassez de recursos, ao contrário do que declarou o relator da ADI, Min. Luiz Fux, em seu voto.

Após o julgamento da ADI, já houve movimentação da Câmara dos Deputados para colocar na Constituição um modelo de financiamento que superasse o decidido pelo STF, sem êxito. Constitucionalizar a questão não é o mais adequado a se fazer, considerando que o texto constitucional é (e deve continuar sendo)

---

[49] Sobre o tema, cf. SANTANO, Ana Claudia. Um registro de uma reforma política acidentada: o caso da PEC 77-A, de 2003. In: FUX, Luiz; ALVIM, Frederico Franco; SESCONETTO, Juliana Sant'anna. (Org.). *Direito Eleitoral:* Temas relevantes. Curitiba: Juruá, 2018, v. 1, p. 349-364.

[50] Sobre o tema, cf. SANTANO, Ana Claudia. Uma análise econômica da legislação referente ao financiamento da política no Brasil: reformas e efeitos. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA Walber de Moura. (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 1, p. 515-543; SANTANO, Ana Claudia. Menos proibição e mais transparência: as (falsas) promessas sobre a vedação de doações de pessoas jurídicas no financiamento de campanhas eleitorais. In: AIETA, Vânia; BORGES, Marcelle Mourelle Perez Diós. (Org.). *Cadernos da Esdel*. Juíz de Fora: Editar, 2015, v. 1, p. 199-218; SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. In: SARMENTO, Daniel. Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 673-700; FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. A inconstitucionalidade do modelo normativo de doações empresariais para as campanhas eleitorais como imperativo dos cânones democráticos e o repúdio à plutocratização do processo político. In: FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 61-86.

mais rígido que a normativa sobre financiamento, que é muito cíclico e instável, devendo ser ajustado sempre que necessário.

Nesse sentido, além da PEC 113A/2015 já comentada nessa exposição – e que trazia em seu conteúdo disposições sobre o financiamento privado por pessoas jurídicas somente aos partidos políticos -, conformando o que se denomina como "porta dos fundos" para o recebimento desses valores, e logo permitindo que as agremiações os repassassem para quem quisessem em seus quadros, houve também outra tentativa por meio da PEC 182/2007[51], que logo se fundiu com a PEC 113/15 e que foi desmembrada em muitos temas, dentre eles a janela partidária, que permite aos parlamentares trocar de partido nos 30 dias seguintes à promulgação da EC 91/2016, sem perda de mandato.[52]

As mudanças no que tange ao sistema de financiamento de campanhas nos últimos anos foram muito responsáveis pelo surgimento dos candidatos mais abastados nas eleições de 2016 e 2018, como João Dória à prefeitura e governo de São Paulo, e Henrique Meirelles, candidato à Presidência da República. Isso ocorreu porque a legislação não buscou controlar a demanda por recursos econômicos, focando somente a sua oferta, o que desequilibra as forças e a possibilidade de sua eleição, sem falar que todas as reformas infraconstitucionais que visavam baratear as campanhas mais dificultaram a propaganda eleitoral do que

[51] Objeto de muita polêmica durante a sua votação. Sobre isso, cf. FRAZÃO, Carlos Eduardo. A PEC do financiamento empresarial de campanhas eleitorais no divã: a constitucionalidade material à luz da teoria dos diálogos institucionais. Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE. a. 7, n. 12, p. 57-69, jan./jun. 2015.

[52] O texto da EC 91/16 é: "Art. 1º É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão". A data da publicação da emenda foi 19 de fevereiro de 2016. Por outro lado, a "janela" deve ser lida a partir do disposto pelo art. 22-A da Lei 9096/95, inserido pela Lei 13.165/15: "Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito. (...) Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses: (...) III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente".

controlaram os custos. Nesse sentido, recorda-se a Lei 11.300/2006 que trouxe profundas alterações na propaganda eleitoral, bem como a 13.165/2015, que controlou a propaganda em período eleitoral, mas criou a figura da pré-campanha (art. 16-A, Lei 96504/97), tema ainda muito polêmico devido ao seu custo e à sua insegurança perante a Justiça Eleitoral.

Considerações finais

Sempre se fala em uma reforma política. Afirma-se de forma contundente que o Brasil necessita de uma reforma política. Porém, não se tem muito claro o que se quer reformar, qual o modelo a ser adotado, ou mesmo qual o ponto ideal de um sistema legislativo político.

O tema da reforma política que antes se limitava ao âmbito infraconstitucional vem, paulatinamente, invadindo o texto da Constituição, trazendo regras ocasionais e contaminando-a com temporalidade e personalismo. É comum que se realizem reformas à legislação eleitoral e partidária a partir de medidas muito pontuais, provocadas geralmente por algum escândalo e que preenchem uma lacuna para criar outras. O Brasil não seria exceção disso. Deve-se admitir que as últimas soluções implementadas pecam com frequência por uma excessiva generalidade[53] e de uma falta de coerência sistemática[54] fruto, em muitas ocasiões, de múltiplas intervenções por parte do Poder Judiciário. Nesse marco, as modificações na legislação brasileira são constantes, formando uma verdadeira "colcha de retalhos", o que abre espaço para que os partidos, sob o pretexto de dar uma solução ao problema em concreto, consigam lentamente fechar o sistema para maximizar as vantagens disponíveis, muito mais do que de fomentar a igualdade

[53] SCARROW, Susan E. Explaining Political Finance Reforms: Competition and Context. *Party Politics*. v. 10. nº 6. Sage, London, 2004. p. 653-655.

[54] FISHER, Justin; EISENSTADT, Todd A. Introduction Comparative Party Finance. What is to be Done?. *Party Politics*. v. 10. nº 6. London: Sage, 2004. p. 619-626. p. 623.

de oportunidades para o acesso às funções públicas, ou de proteger a livre formação de opinião dos eleitores.

No entanto, essa instabilidade de regras e o fechamento do sistema não podem migrar para a Constituição, que deve ser resguardada. Não se verifica um zelo com relação ao texto constitucional, como já dito no início dessa exposição e, mais ainda, não se percebe que, ao tornar instável a Constituição, estar-se-á tornando instável também o sistema democrático. Não é por acaso que as eleições de 2018 foram marcadas pelo discurso antidemocrático e impolítico. No fundo, a necessidade de reformas políticas tão constantes – e que são realizadas a cada ano ímpar a fim de observar o art. 16 da Carta Constitucional – atende também a um problema que a sociedade brasileira tem com a própria democracia e com as suas regras do jogo.

Enquanto for assim, realmente nenhuma reforma satisfará, pois o interesse próprio está vindo antes que o sentimento de aperfeiçoamento democrático. E isso também é aplicável aos cidadãos, que não buscam reafirmar os valores constitucionais, mas somente burlar as regras para que a sua opção preferida tenha mais chances de vitória nas urnas.

Referências

ALARCON, Anderson; GRESTA, Roberta Maia. Proibir comissões provisórias é remédio pior que a doença. *Conjur*. 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-16/proibir-comissoes-provisorias-quando-remedio-pior-doenca> Acesso em 16 Out. 2018.

AMAYA, Jorge Alejandro. Tensiones entre decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho interno de los Estados en materia de derechos políticos. *Lex*. n° 18, año XIV, p. 19-33, 2016.

AMAYA, Jorge Alejandro; LOIANNO, Adelina. Derechos Políticos y medidas cautelares de la CIDH: reflexiones e interrogantes del caso 'Gustavo Petro'. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. n° 21, p. 295-321, ene./jun., 2014.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. *Revista Direito GV*, v. 11, n. 1, p. 223-255, jan. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, ano LXIV, n. 175, p. 55174, 07 out. 2009. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07OUT2009.pdf#page=82>. Acesso em 16 Out. 2018.

CARVALHO, Katia de. Cláusula de barreira e funcionamento parlamentar. *Estudos Eleitorais*, v. 2, n. 3, p. 67-78, maio/ago. 2006.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. "Ficha limpa" e questões constitucionais. "Direito Eleitoral do Inimigo" (retroagir?). *Estudos Eleitorais*. v. 5, nº 1, p. 65-75, jan./abr., 2010.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Curitiba: IESDE, 2009.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A lei ficha limpa em revista e os empates no STF: liberdades políticas em questão e o dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável. *DPU*, nº 38, p. 199-212, mar./abr. 2011.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral* – RBDE, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 55-103, jul./dez. 2014.

_____. *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa*: Direitos políticos e inelegibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FISHER, Justin; EISENSTADT, Todd A. Introduction Comparative Party Finance. What is to be Done?. *Party Politics*. v. 10. nº 6. p. 619-626, 2004.

FRAZÃO, Carlos Eduardo. A PEC do financiamento empresarial de campanhas eleitorais no divã: a constitucionalidade material à luz da teoria dos diálogos institucionais. Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE. a. 7, n. 12, p. 57-69, jan./jun. 2015.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. A inconstitucionalidade do modelo normativo de doações empresariais para as campanhas eleitorais como imperativo dos cânones democráticos e o repúdio à plutocratização do processo político. In: FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 61-86.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 10° ed., São Paulo: Atlas, 2014.

https://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2014/06/16/conheca-a-historia-da-compra-de-votos-a-favor-da-emenda-da-reeleicao/ Acesso em 15 Out. 2018.

https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/11/27/gilmar-mendes-chama-de-tragedia-o-excesso-de-partidos-no-brasil-e-culpa-o-stf.htm. Acesso em 16 Out. 2018.

https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=353741#marcacao-conteudo-portal. Acesso em 18 Out. 2018.

https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/10/13/Cl%C3%A1usula-de-barreira-os-efeitos-numa-C%C3%A2mara-fragmentada. Acesso em 16 Out. 2018.

https://oglobo.globo.com/brasil/caciques-controlam-partidos-com-comissoes-provisorias-22311659. Acesso em 16 Out. 2018.

HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. US: University of Oklahoma Press, 1992.

KOERNER, Andrei. Judiciário e moralização da política: três reflexões sobre as tendências recentes no Brasil. *Pensar*. v. 18, n° 3, Fortaleza, p. 681-711, set./dez., 2013.

LANE, Pedro. *Estudo dirigido*: Verticalização das coligações partidárias. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/187_Estudo%20Dirigido%20-%20Verticalizacao%20das%20Coligacoes%20Partidarias%20-%20Pedro%20Lane.pdf> Acesso em 16 Out. 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais - Trunfos Contra a Maioria. Coimbra: Almedina, 2006.

PINTO, Djalma; PETERSEN, Elke Braid. *Comentários à Lei da Ficha Limpa*. São Paulo: Atlas, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4° ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do Legislativo ao Judiciário: a LC C135/10 ("Lei da Ficha Limpa"), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013.

SALGADO, Eneida Desiree; BERNARDELLI, Paula. A adoção da reeleição para o Poder Executivo no Brasil e suas incoerências com o sistema constitucional e eleitoral. In: SANTANO, Ana Claudia. (Org.). *Reeleição presidencial nos sistemas políticos das Américas*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 97-111.

SANTANO, Ana Claudia. A Questão da Cláusula de Barreira Dentro do Sistema Partidário Brasileiro. *Paraná Eleitoral*, v. 63, p. 47-81, 2007.

_____. Menos proibição e mais transparência: as (falsas) promessas sobre a vedação de doações de pessoas jurídicas no financiamento de campanhas eleitorais. In: AIETA, Vânia; BORGES, Marcelle Mourelle Perez Diós. (Org.). *Cadernos da Esdel*. Juíz de Fora: Editar, 2015, v. 1, p. 199-218.

_____. (Org.). *Reeleição presidencial nos sistemas políticos das Américas*. Curitiba: Íthala, 2015.

_____. Vamos discutir deveres dos partidos na democracia brasileira? Um controle da qualidade dos partidos amparado pela Constituição. *JOTA*. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/e-leitor/e-leitor-vamos-discutir-os-deveres-dos-partidos-na-democracia-brasileira-01032016> Acesso em 16 Out. 2018.

_____. *Candidaturas independentes*. Curitiba: Íthala, 2018.

_____. Um registro de uma reforma política acidentada: o caso da PEC 77-A, de 2003. In: FUX, Luiz; ALVIM, Frederico Franco; SESCONETTO, Juliana Sant'anna. (Org.). *Direito Eleitoral:* Temas relevantes. Curitiba: Juruá, 2018, v. 1, p. 349-364.

_____. Uma análise econômica da legislação referente ao financiamento da política no Brasil: reformas e efeitos. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA Walber de Moura. (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 1, p. 515-543.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. In: SARMENTO, Daniel. Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 673-700.

SCARROW, Susan E. Explaining Political Finance Reforms: Competition and Context. *Party Politics*. v. 10. nº 6. p. 653-675, 2004.

15

Fake news nas eleições em face aos princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral: um estudo a partir do caso Marina Silva (2014-2018)

Clodoaldo de Meira Azevedo Junior [1]
Marina Adriano Monteiro [2]

Introdução

A problemática de pesquisa é a postura adotada pelo TSE nas eleições presidenciais de 2014 e qual está sendo nas de 2018 no que tange às *fake news* e seus possíveis efeitos sobre os princípios constitucionais que estruturam o direito eleitoral. Tem-se como objetivo geral desta pesquisa analisar, sob as óticas política e jurídica, a partir do estudo do caso Marina Silva, as formas como o TSE está combatendo as *fake news* no cenário político brasileiro para evitar que essas firam os princípios constitucionais citados.

Os objetivos específicos são explorar as regras que regem o pleito eleitoral, visando entender as dinâmicas e relações surgidas a partir da intensa influência das mídias digitais – através das quais as *fake news* se espalham – no processo eleitoral e entender a relação direta das *fake news* nas campanhas eleitorais com os princípios constitucionais da autenticidade eleitoral e da máxima igualdade na disputa eleitoral. Para isso, utiliza-se o caso de Marina Silva no TSE e sua candidatura nas últimas eleições, e nas do ano atual, já que

[1] Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – Paraná, Brasil.

[2] Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – Paraná, Brasil

este é um exemplo perfeito dos impactos dos fenômenos acima citados e do perigo das *fake news* na política brasileira.

Para alcançar os resultados abaixo apresentados, utilizou-se pesquisa documental indireta e bibliográfica sobre a legislação que rege o processo eleitoral brasileiro, as *fake news*, as mídias digitais e seus impactos sobre as eleições presidenciais de 2014 e 2018 através do estudo de caso – que "consiste no estudo profundo e exaustivo de um ou poucos objetos, de maneira que permita seu amplo e detalhado conhecimento"[3] – da candidata à presidência Marina Silva, a partir de decisões do TSE. O método empregado é o indutivo, já que, a partir de um caso específico, almeja-se alcançar conclusões e resultados abrangentes e genéricos sobre os fenômenos estudados e analisados. A pesquisa é exploratória, ou seja, busca criar uma familiaridade com a temática abordada.

Com a popularização das mídias digitais, a consequente democratização e facilidade do acesso à informação na internet, notícias falsas ganham espaço e multiplicam-se em alta velocidade pela rede. Diante da aproximação das eleições no Brasil, as *fake news* relacionadas a fatos políticos proliferam-se entre a população através das redes sociais e ganham relevância ao gerar impactos potencialmente nocivos sobre o pleito eleitoral; por isso o Tribunal Superior Eleitoral vê-se obrigado a combatê-las de forma rápida para que não distorçam as escolhas dos eleitores. Além disso, a disputa eleitoral tem se caracterizado por irregularidades frequentes nas propagandas eleitorais devido ao grande número de candidatos e à rivalidade entre eles.

Estudar as formas como o Tribunal Superior Eleitoral está lidando com esses fenômenos torna-se fundamental, já que os impactos causados pela propagação de inverdades e irregularidades nas campanhas são cada vez mais concretos: no dia 07 de junho de

[3] GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 54.

2018, o TSE aplicou pela primeira vez a Resolução nº 23.551/2017[4] – que dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições – determinando que uma página que espalhava notícias falsas sobre a pré-candidata à presidência pela Rede Sustentabilidade, Marina Silva, fosse excluída pelo Facebook. O ministro do TSE, Sérgio Banhos, relator da representação, expõe os perigos que as *fake news* podem representar sobre as eleições: "A prática das '*fake news*' não é recente, [...] a significativa diferença no mundo contemporâneo é que, com as redes sociais, a disseminação dessa informação maliciosa passou a ser mais rápida, mais fácil, mais barata e em escala exponencial"[5]. O ministro Banhos baseia sua decisão de pedir a exclusão da página "Partido Anti-PT" e de URLs a ela associados na lei Nº 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e que deu origem à resolução acima citada[6].

Marina Silva foi o principal alvo das *fake news* nas eleições de 2014, quando a legislação brasileira dava seus primeiros passos na previsão de casos envolvendo mídias digitais. As notícias falsas durante sua campanha na última eleição, afirma ela[7], prejudicaram sua candidatura ao espalharem mentiras sobre seus pontos de vista religiosos e sobre seus planos para os programas sociais do governo caso fosse eleita. A candidata chegou a responsabilizar João Santana,

---

[4] O GLOBO. "TSE manda Facebook excluir fake news contra Marina Silva". Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/tse-manda-facebook-excluir-fake-news-contra-marina-silva-22755064>. Acesso em: 13 set. 2018.

[5] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 060054670.2018.6.00.0000**. Diário Oficial da União**.** Relator: Ministro Sérgio Banhos. Sumário. 8 jun. 2018, p. 114-117. Disponível em: <http://intero3.tse.jus.br/djeRest/rest/downloadDiario?tribunal=TSE&numDiario=112&anoDiario=2018>. Acesso em: 20 jul. 2018.

[6] BRASIL. Resolução nº 23.551/2017. **Diário Oficial da União,** Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, DF, 18 dez. 2017.

[7] DW Brasil. "*Fake news* não começaram com Trump, mas com Dilma em 2014". Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/fake-news-n%C3%A3o-come%C3%A7aram-com-trump-mas-com-dilma-em-2014/a-43679491>. Acesso em: 20 jul. 2018.

marqueteiro da campanha da ex-presidente Dilma Rousseff, pela propagação de inverdades sobre seu plano de governo[8].

Os casos envolvendo Marina Silva, tanto no pleito eleitoral de 2014 quanto no de 2018, abrem espaço para questionar os possíveis impactos das notícias falsas sobre os princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral – "princípios que consubstanciam as decisões constitucionais estruturantes, condicionam a interpretação das demais normas constitucionais e são critérios de validade das leis eleitorais e de justificação das decisões judiciais"[9] –, sendo eles: a autenticidade eleitoral, a liberdade de exercício para o mandato, a necessária participação das minoria no debate público e nas instituições políticas, a máxima igualdade na disputa eleitoral e a legalidade específica em matéria eleitoral. Tais princípios são fundamentais ao exercício pleno da democracia no que tange à matéria eleitoral e as *fake news* podem ser consideradas ameaças diretas à autenticidade eleitoral – que diz respeito à igualdade e à liberdade do voto – e à máxima igualdade na disputa eleitoral, que justifica a regulação de campanhas eleitorais para garantir isonomia no pleito.

O tema discutido tem relevância social e política, já que as *fake news* são um fenômeno recente, trazido pelas mídias digitais, que impacta diretamente o acesso a informação dos cidadãos brasileiros e o processo eleitoral ao, possivelmente, ser usado como instrumento político por candidatos e seus apoiadores em campanhas.

Princípios Estruturantes do Direito Eleitoral ameaçados pelas *fake news*

Os casos envolvendo Marina Silva, apresentados a seguir, demonstram os efeitos danosos das *fake news* sobre as eleições e,

[8] FOLHA DE S. PAULO. "Eleição de 2014 foi uma fraude, afirma Marina". Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/eleicao-de-2014-foi-uma-fraude-afirma-marina.shtml>. Acesso em: 30 set. 2018.

[9] SALGAGO, E. D. ***Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral.*** Dissertação (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Estadual do Paraná, Curitiba, 2010. p. 104.

aprofundando-se ainda mais nesse ponto, pode-se observar que elas contrariam os princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral, ou seja, são ameaças reais ao livre exercício da democracia. É possível imputar a essas notícias impactos diretos sobre o princípio da máxima igualdade entre os candidatos e o da autenticidade eleitoral.

O princípio da autenticidade eleitoral baseia-se na igualdade e na liberdade do voto[10].

> As nódoas na liberdade do voto se revelam por vícios na sua formação, seja de maneira direta - por coação, fraude, corrupção, compra de votos -, seja de maneira indireta, por restrições ou favorecimentos a determinados discursos políticos ou por tratamento diferenciado a partidos e candidatos. A liberdade do voto se reflete na regra do voto secreto, que constitui cláusula pétrea, núcleo duro do sistema constitucional. O segredo do voto constitui direito fundamental, que se espraia para além da esfera subjetiva, informando o princípio democrático.

As *fake news* são vícios diretos na liberdade do voto, já que podem funcionar como meio de coação do eleitor, influenciando-o em sua escolha, e até mesmo fraude eleitoral. Mais uma vez, caberia à Justiça Eleitoral garantir a concretude desse princípio aplicando mecanismos existentes na legislação eleitoral, como o artigo 222 do Código Eleitoral, que estabelece que "é anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o Art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei"[11].

> Além da igualdade e da liberdade de voto, há de ser assegurada, ainda, a liberdade de formação de opinião. A opinião política se forma coletivamente, a partir do debate de ideias e da submissão

[10] SALGAGO, E. D. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. Dissertação (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Estadual do Paraná, Curitiba, 2010. p. 110.

[11] BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 jul. 1965. Artigo 222.

> da opinião pessoal à apreciação dos demais. Essa liberdade não prescinde da garantia de uma igualdade entre os candidatos na disputa eleitoral. A existência de vantagens indevidas, baseadas em critérios tidos como irrelevantes, leva ao desvirtuamento do pleito, com ofensa à liberdade da vontade eleitoral.[12]

O princípio da máxima igualdade entre os candidatos "tem como objetivo inibir os abusos nas campanhas, garantindo uma livre formação da vontade do eleitor-cidadão, buscando, por meio da legislação eleitoral, coibir abusos na campanha eleitoral e antevendo ferramentas capazes para apuração e sanção judicial e política"[13], esse não teve efetividade em 2014, já que a escolha dos eleitores foi possivelmente distorcida pelas *fake news* e a Justiça Eleitoral não foi capaz de impedir que isso acontecesse. Ao tratar desse princípio, Eneida Desirre Salgado afirma:

> O princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral exige a restrição à liberdade de campanha e à atuação dos meios de comunicação no pleito para evitar que haja a influência indevida de um fator tido como irrelevante e que o acesso aos meios de comunicação (permitido pelo poder econômico ou pela a relação de um partido ou candidato com seus dirigentes) leve ao desequilíbrio, atingindo o pluralismo e a liberdade de formação da opinião.[14]

Um dos pilares da igualdade dos candidatos na disputa eleitoral é a veracidade, ou seja, "os fatos e informações devem corresponder à realidade, no sentido de que não podem ser utilizados recursos que distorçam a realidade de determinados fatos, nem podem ridicularizar

---

[12] SALGAGO, E. D. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. Dissertação (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Estadual do Paraná, Curitiba, 2010. p. 119.

[13] CAMPELLO, R. A. C.; NOGUEIRA, C. M.; GALVÃO, P. V. M.; AMARAL, B. R. T.; CAVALCANTI, E. C. G.; CAMPELLO, R. I. C.; LINS FILHO, J. D. *Princípio da Máxima Igualdade na Disputa Eleitoral:* proibição do showmício e liberação do uso das redes sociais. **Direcho y Cambio Social**, Peru, 2014. p. 5.

[14] SALGAGO, E. D. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. Dissertação (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Estadual do Paraná, Curitiba, 2010. p. 257.

ou vilipendiar concorrentes políticos"[15]. É evidente que as informações e notícias falsas direcionadas à candidata Marina Silva feriram esse princípio e impedem uma disputa igual e justa, na medida em que, nas eleições de 2014, o TSE não foi eficaz no controle dos meios de comunicação, já que, além de pelas mídias digitais, as *fake news* também se espalharam nos modelos tradicionais de campanha eleitoral, como as propagandas televisivas.

A máxima igualdade dos candidatos na disputa eleitoral é garantida pela fiscalização e pela regulação das campanhas eleitorais, portanto "alcança o âmago de um valor central de um regime democrático: a liberdade de expressão"[16]. O inciso IX do artigo 5º da Constituição brasileira consagra o direito à liberdade de expressão como direito fundamental, pilar do Estado Democrático de Direito. Ao discutir-se a regulação de campanhas e propagandas eleitorais, discute-se, também, limites a esse direito. Nesse sentido, Aline Osório, na obra Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, afirma que o excesso de leis no sistema eleitoral brasileiro e a ação dos tribunais eleitorais no combate a informações falsas têm prejudicado a liberdade de expressão[17]. Caroline Delmazo e Jonas C. L. Valente, em "*Fake news* nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques" contrapõem a tese de Osório ao exemplificarem os impactos negativos das *fake news* na política de diversos países e discorrerem sobre a necessidade de intervenção do Estado nas informações veiculadas em mídias digitais para evitar os impactos nocivos de inverdades espalhadas através da internet[18].

A interferência das *fake news* nas eleições presidenciais e seus impactos diretos sobre os princípios constitucionais apresentados são

---

[15] BATINI, S. **Direito Eleitoral**. FGV Direito Rio. Rio de Janeiro, 2015. P. 71.

[16] SALGAGO, E. D. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. Dissertação (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Estadual do Paraná, Curitiba, 2010. p. 255.

[17] OSÓRIO, Aline. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 456 p.

[18] DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas C. L. **Fake news nas redes sociais online**: propagação e reações à desinformação em busca de cliques. Media & Jornalismo, v. 18, n. 32, p. 155-169, maio 2018.

uma ameaça à democracia, já que a ideia dessa forma de governo está estritamente ligada à soberania popular, exercida através da escolha de representantes pela população. José Afonso da Silva define democracia como "processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo"[19]. No caso das *fake news* o poder emanado do povo, indiretamente através da escolha de seus representantes, é distorcido, portanto não é exercido em seu proveito. Ao atingir princípios fundamentais para um processo eleitoral justo, as notícias falsas atingem a própria ideia de democracia, a partir dessa premissa, Eneida Desiree Salgado conclui que:

> Assim, mesmo que a liberdade de expressão seja um valor base para a liberdade democrática e que o discurso seja sempre no sentido de seu caráter absoluto e intangível – e não possa ser diferente – não se pode negar a necessária imposição de restrições, ainda quando se trate de expressão política.[20]

O caso de Marina Silva nas eleições de 2014 é exemplo do efeito nocivo das *fake news* e do ferimento dos princípios constitucionais apresentados, já que a escolha dos eleitores foi por elas possivelmente distorcido.

Além de atingir diretamente os princípios da autenticidade eleitoral e da máxima igualdade na disputa eleitoral, as *fake news* podem afrontar, mesmo que indiretamente, os outros princípios estruturantes do direito eleitoral. Ao constatar o impacto do fenômeno estudado sobre esses princípios, vale lembrar de sua importância para um processo eleitoral livre e verdadeiramente democrático, nas palavras de Eneida Desiree Salgado:

> As regras do jogo eleitoral são essenciais para a configuração de um Estado democrático. Em uma democracia fundamentalmente

[19] SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 23.

[20] SALGAGO, E. D. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. Dissertação (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Estadual do Paraná, Curitiba, 2010. p. 256.

> representativa, a legitimidade do processo de escolha dos representantes condiciona a qualidade da democracia e da representação.[21]

A necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas só pode ser garantida em um processo eleitoral democrático autêntico, livre de vícios, em que se possa ouvir o que todos têm a dizer, sem mentiras ou manipulações. Assim como a legalidade específica em matéria eleitoral, que prevê uma ação eficiente da Justiça Eleitoral, no alto de suas atribuições, ao combater irregularidades de campanha e garantir um pleito eleitoral justo e democrático. O último dos princípios, a liberdade para o exercício do mandato, só é garantido se o processo eleitoral for dotado de legitimidade e, portanto, pautado pelo cumprimento dos demais princípios, as *fake news* impedem que isso aconteça.

O caso Marina Silva e o perigo das *fake news*

O processo eleitoral brasileiro é regido pelas leis nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) e nº 4.737/1965 (Código Eleitoral). Ambas sofreram diversas mudanças com o passar do tempo para adequarem-se à mutante realidade. Porém, até 2014, eram poucos os mecanismos reguladores de práticas eleitorais na internet. A influência das *fake news* e das mídias digitais de forma geral nas eleições daquele ano são notáveis e ganham importância ao analisar-se a evolução da legislação eleitoral para coibir práticas cibernéticas irregulares nas eleições nos últimos quatro anos. A lei nº 12.965, de abril de 2014 – o Marco Civil da Internet – estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, essa lei trouxe inovações à legislação brasileira e introduziu direitos e deveres para o uso da rede pelos brasileiros, ela muda a lei das eleições de 1997; a resolução nº 23.404, de fevereiro de 2014, dispõe

[21] SALGAGO, E. D. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. Dissertação (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Estadual do Paraná, Curitiba, 2010. p. 108.

sobre a propaganda eleitoral e condutas ilícitas nas campanhas daquele ano e dedica um capítulo (IV) à propaganda eleitoral na internet.

Tais mecanismos não foram o bastante para coibir irregularidades de campanha no ambiente virtual, principalmente no que diz respeito às *fake news*. Segundo pesquisa da Fundação Getúlio Vargas[22], 11% das discussões virtuais relacionadas às eleições presidenciais de 2014 foram motivadas por robôs, responsáveis por espalhar notícias falsas e plantar controvérsias. A mesma pesquisa mostra que, durante debate dos candidatos no 1º turno, 17,94% desses robôs apoiavam a candidata Dilma Rousseff, número expressivo que poderia corroborar as alegações de Marina Silva sobre a corrida eleitoral. Ela chegou a afirmar que "As *fake news* não foram iniciadas com o Trump. Foram iniciadas com a campanha da Dilma em 2014 contra mim"[23], em entrevista à DW Brasil. Sobre este tema, Raquel de Q. Almeida afirma:

> A polarização partidária registrada nas eleições brasileiras de 2014 vai ceder lugar, no pleito de 2018, a uma forte batalha de narrativas envolvendo um potente ator: a engrenagem de produção e distribuição de notícias falsas ou, em inglês, *fake news*. Criados e distribuídos de forma capilar e com a velocidade do ambiente digital, esses boatos e mentiras podem influenciar eleitores e têm sido alvo de várias mobilizações para tentar minimizar seus efeitos nas eleições de outubro[24].

Marina Silva pediu direito de resposta a propagandas de Dilma Rousseff que atacavam sua campanha em 2014, em uma delas uma família era representada sentada à mesa do jantar quando sua comida

---

[22] FGV DAPP. Robôs, Redes Sociais e Política no Brasil: Estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018. Rio de Janeiro: **FGV, DAPP**, 2017.

[23] DW Brasil. "*Fake news* não começaram com Trump, mas com Dilma em 2014". Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/fake-news-n%C3%A3o-come%C3%A7aram-com-trump-mas-com-dilma-em-2014/a-43679491>. Acesso em: 20 jul. 2018.

[24] ALMEIDA, Raquel de Queiroz. Fake news: arma potente na batalha de narrativas das eleições 2018. **Ciência e Cultura**, vol.70 n.2. São Paulo, abril 2018.

sumia, insinuando que Marina acabaria com o poder econômico dos brasileiros. O ministro do TSE, Tarcísio Vieira, negou esse e outros dois pedidos de resposta da candidata[25] e, quatro anos mais tarde, o ministro Luiz Fux, enquanto presidente do TSE, responsabilizou, em 13 de agosto de 2018, o PT pela propagação de *fake news* sobre Marina Silva: "É uma propaganda que derreteu em menos de uma semana uma candidatura. Acabou com a candidatura, que era considerada exitosa"[26]. As pesquisas eleitorais realizadas em 2014 corroboram a declaração do ministro; no dia 29 de agosto daquele ano, Marina Silva aparecia com 34% das intenções de voto, contra 35% de Dilma Roussef, eventual vencedora do pleito; no dia 04 de outubro, nas vésperas do primeiro turno, as intenções de votos para Marina caíram para 22%, deixando-a na terceira colocação, fora do segundo turno[27], resultado confirmado pela votação no dia seguinte. Ao discorrer sobre propagandas eleitorais negativas e com informações falsas, Fernando Gaspar Neisser, em Crime e Mentira na Política, ressalta, a partir do artigo 323 do Código Eleitoral – o qual estabelece pena para veiculação de fatos inverídicos em propagandas eleitorais – que:

> O controle das campanhas eleitorais nasce da necessidade de se garantir, tanto quanto possível, a igualdade de condições entre os candidatos. [...] aqueles que detêm o poder, econômico ou político, tendem a dele abusar, o que obriga o Estado, mediante a Justiça Eleitoral no caso do Brasil, a agir.[28]

---

[25] G1. TSE nega direito de resposta a Marina para contestar propaganda de Dilma. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/noticia/2014/09/tse-nega-direito-de-resposta-marina-por-propaganda-de-dilma-na-tv.html>. Acesso em 14 ago. 2018.

[26] VALOR. Fux classifica como *fake news* propaganda do PT contra Marina em 2014. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/5732565/fux-classifica-como-fake-news-propaganda-do-pt-contra-marina-em-2014>. Acesso em: 14 ago. 2018.

[27] DATAFOLHA. Evolução das pesquisas – intenções de votos no 1º turno das eleições presidenciais de 2014. Disponível em: < https://eleicoes.uol.com.br/2014/pesquisas-eleitorais/brasil/1-turno/>. Acesso em: 14 ago. 2018.

[28] NEISSER, Fernando Gaspar. **Crimes Eleitorais e Controle Material da Propaganda Eleitoral**: necessidade e utilidade da criminalização da mentira política. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 76.

Depois de tais acontecimentos e da grande repercussão das notícias falsas nas eleições americanas de 2016, em 2017 o TSE atualizou a legislação brasileira através da resolução nº 23.551 (acima citada). Esta foi utilizada para um novo caso envolvendo Marina Silva, agora nas eleições de 2018. "O perfil denominado 'Partido Anti-PT', estaria publicando, reiteradamente, informações inverídicas que ofendem a imagem política da representante, candidata à Presidência da República"[29]. Em sua decisão, o ministro Sérgio Banhos mostra-se preocupado com as notícias falsas no meio virtual e expõe seus perigos ao exercício da democracia no Brasil:

> Isso porque a verdade humana mais profunda é emocional, subjetiva e prescinde dos fatos. Notícias distorcidas com forte viés ideológico, trazidas pelas mídias sociais, no mais das vezes, ganham maior atenção que as reportagens realizadas pela imprensa tradicional. As matérias falsas, de cunho sensacionalista, tendem à repercussão fácil, a viralizar, a tornar-se trend topics mais rapidamente do que aquelas produzidas por jornalistas zelosos que praticam a checagem dos fatos. É a força da mentira vencendo os reais acontecimentos, a qual estimula a polarização política desmedida, gerando terreno fértil para a desinformação do eleitor.[30]

Ele determinou a exclusão da página pelo Facebook no último dia 07 de junho. René Morais da Costa Braga ao declarar "Um ambiente de polarização política e carente de tolerância e pluralismo político favorece esse fenômeno *[fake news*]"[31], demonstra consonância com as preocupações do ministro.

---

[29] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 060054670.2018.6.00.0000**. Diário Oficial da União**.** Relator: Ministro Sérgio Banhos. Sumário. 8 jun. 2018, p. 114. Disponível em: <http://intero3.tse.jus.br/djeRest/rest/downloadDiario?tribunal=TSE&numDiario=112&anoDiario=2018>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 114.

[30] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 060054670.2018.6.00.0000**. Diário Oficial da União**.** Relator: Ministro Sérgio Banhos. Sumário. 8 jun. 2018, p. 115. Disponível em: <http://intero3.tse.jus.br/djeRest/rest/downloadDiario?tribunal=TSE&numDiario=112&anoDiario=2018>. Acesso em: 20 jul. 2018.

[31] BRAGA, René Martins da Costa. **A Indústria das *Fake News* e o Discurso de Ódio**. Direitos Políticos, Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio. 1ª Edição. Belo Horizonte: Instituto para Desenvolvimento Democrático, 2018, p. 210.

Ação do TSE frente às *fake news*

Diante da ameaça real e grave das notícias falsas sobre o processo eleitoral e sobre a democracia brasileira, o Tribunal Superior Eleitoral vê-se, como órgão competente, obrigado a agir em seu combate. A Justiça Eleitoral, como mencionado anteriormente, é o órgão a que se imputa a responsabilidade de fazer valer os princípios constitucionais do direito eleitoral.

Para as eleições de 2018, o TSE mostra-se atento ao perigo das *fake news* e determinado na tarefa de não deixar que elas influenciem as eleições. O Tribunal instaurou medidas para evitar que as *fake news* influenciem as eleições gerais de 2018: o presidente do TSE, ministro Luiz Fux, através do Conselho Consultivo sobre internet, instaurou no dia 27 de abril de 2018 um procedimento para averiguar o uso de notícias falsas na rede; além disso, o Tribunal realizou um seminário internacional sobre as *fake news* em 21 de junho deste ano e, em 9 de julho, 28 partidos assinaram um acordo do TSE para o combate das *fake news*. Ao falar sobre o caso de Marina Silva em 2014 e sobre as eleições de 2018, o Ministro Luiz Fux (2018) declarou: "Agora, o mais importante é prevenir do que remediar. Até porque a capacidade de viralização, de massificação da *fake news* torna praticamente consumado o derretimento de uma candidatura, que depois é absolutamente irrecuperável"[32].

Os casos de notícias falsas envolvendo Marina Silva, tanto nas eleições de 2014 quanto nas de 2018 servem como exemplo e precedentes para o desenvolvimento e aplicação de mecanismos que coíbam as *fake news*. O Tribunal Superior Eleitoral se mostrou ineficiente nos casos de *fake news* envolvendo Marina Silva, em 2014, ao negar três pedidos de resposta à candidata. A inabilidade do Tribunal ao lidar com esse caso expôs os potenciais impactos nocivos

[32] VALOR. Fux classifica como *fake news* propaganda do PT contra Marina em 2014. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/5732565/fux-classifica-como-fake-news-propaganda-do-pt-contra-marina-em-2014>. Acesso em: 14 ago. 2018.

de inverdades nas campanhas eleitorais. Marina Silva, possivelmente em razão das *fake news* disseminadas pelo Partido dos Trabalhadores, perdeu eleitores. Ao admitir as falhas do TSE na última eleição, o ministro Luiz Fux deixa clara a intenção de combater com mais seriedade e responsabilidade as informações falsas que podem afetar as eleições deste ano. O Ministro afirmou que eleições baseadas em notícias mentirosas podem ser anuladas: "O artigo 222 do Código Eleitoral prevê que, se o resultado de uma eleição qualquer for furto de *fake news* difundida de forma massiva e influente no resultado, prevê inclusive anulação"[33]. Isso, porém, não é o bastante para reparar os danos causados a Marina Silva na campanha anterior.

A preocupação dos teóricos abordados com as *fake news* revela-se essencial ao serem demonstradas suas consequências negativas no pleito eleitoral e sua ameaça a princípios constitucionais. O TSE revela afinidade com as teses apresentadas ao combater severamente a denúncia de *fake news* da candidata Marina Silva contra a página "Partido Anti-PT" em 2018. Neste ciclo eleitoral, o Tribunal parece querer retratar a incompetência no anterior, em que, apesar dos mecanismos legais existentes para coibir mentiras nas campanhas, não os utilizou com a seriedade que mais tarde revelou-se fundamental.

Considerações Finais:

Ao analisar-se os casos de *fake news* envolvendo a candidata a presidência Marina Silva, em 2014, percebe-se que esse fenômeno pode ter impactos reais sobre uma campanha eleitoral. Em 2018, novamente tendo um caso com Marina Silva como exemplo, as notícias falsas no âmbito eleitoral espalham-se e causam impactos desde os primeiros estágios da campanha. Ao ir a fundo nas

[33] FOLHA DE S. PAULO. Eleições influenciadas por *fake news* podem ser anuladas, diz presidente do TSE. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/06/eleicoes-influenciadas-por-fake-news-podem-ser-anuladas-diz-presidente-do-tse.shtml>. Acesso em: 03 set. 2018.

repercussões dessas mentiras, conclui-se que elas podem ter efeitos mais graves e profundos do que se poderia prever inicialmente.

As *fake news* atingem os princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral, pois impedem que haja igualdade na disputa e autenticidade na votação, já que servem de ferramenta para alguns candidatos influenciarem a escolha do eleitor. Além disso, seu combate pode despertar discussões sobre um possível tolhimento do direito à liberdade de expressão, mas, como foi exposto a partir de aporte teóricos, impor limites a esse direito é fundamental ao pleno exercício da democracia, principalmente quando se tem em foco mentiras que podem impactar o processo eleitoral.

A postura adotada pelo TSE para coibir as *fake news* nas eleições de 2018, com base na representação da candidata Marina Silva, é de severidade. É o que fica exposto na decisão do ministro Sérgio Banhos e nas declarações do ministro Luiz Fux, acima apresentadas. Já em 2014, o Tribunal não deu relevância às demandas da candidata, o que possivelmente prejudicou sua campanha. À Justiça Eleitoral compete a tarefa de impedir que as *fake news* exerçam qualquer influência sobre o pleito eleitoral e, apesar disso, não houve efetividade em suas ações nas eleições de quatro anos atrás.

Referências:

ALMEIDA, Raquel de Queiroz. *Fake news*: arma potente na batalha de narrativas das eleições 2018. **Ciência e Cultura,** São Paulo, abr. 2018. n. 2, vol.70.

BATINI, S. **Direito Eleitoral**. FGV Direito Rio. Rio de Janeiro, 2015. 156 p.

BRAGA, René Martins da Costa. **A Indústria das Fake News e o Discurso de Ódio. Direitos Políticos, Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Instituto para Desenvolvimento Democrático, 2018, p. 203-220.

BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 jul. 1965.

BRASIL. Lei das Eleições (1997). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 set. 1997.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Diário Oficial da União, Brasília, DF**, 23 abr. 2014.

BRASIL. Resolução nº 24.404, de 27 de fevereiro de 2014**. Diário Oficial da União. Brasília**, DF, 27 fev. 2014.

BRASIL. Resolução nº 23.457. **Diário Oficial da União**, Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, DF, 24 dez. 2017, nº 243, p. 57-79.

BRASIL. Resolução nº 23.551/2017. **Diário Oficial da União,** Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, DF, 18 dez. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 060054670.2018.6.00.0000**. Diário Oficial da União**.** Relator: Ministro Sérgio Banhos. Sumário. 8 jun. 2018, p. 114-117. Disponível em: <http://intero3.tse.jus.br/djeRest/rest/downloadDiario?tribunal=TSE&numDiario=112&anoDiario=2018>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CAMPELLO, R. A. C.; NOGUEIRA, C. M.; GALVÃO, P. V. M.; AMARAL, B. R. T.; CAVALCANTI, E. C. G.; CAMPELLO, R. I. C.; LINS FILHO, J. D. Princípio da Máxima Igualdade na Disputa Eleitoral: proibição do showmício e liberação do uso das redes sociais. **Derecho y Cambio Social**. Peru, 2014. 14 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª Ed. Rio de Janeiro: Almedina, 2003. 1522 p.

DATAFOLHA. Evolução das pesquisas – intenções de votos no 1º turno das eleições presidenciais de 2014. Disponível em: < https://eleicoes.uol.com.br/2014/pesquisas-eleitorais/brasil/1-turno/>. Acesso em: 14 ago. 2018.

DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas C. L. Fake news nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques. **Media & Jornalismo**, v. 18, n. 32, p. 155-169, maio 2018. Disponível em: <http://impactum-journals.uc.pt/mj/article/view/5682>. Acesso em: 16 ago. 2018.

DW Brasil. "*Fake news* não começaram com Trump, mas com Dilma em 2014". Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/fake-news-n%C3%A3o-come%C3%A7aram-com-trump-mas-com-dilma-em-2014/a-43679491>. Acesso em: 20 jul. 2018.

FGV DAPP. **Robôs, Redes Sociais e Política no Brasil**: Estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017.

FOLHA DE S. PAULO. Eleições influenciadas por fake news podem ser anuladas, diz presidente do TSE. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/06/eleicoes-influenciadas-por-fake-news-podem-ser-anuladas-diz-presidente-do-tse.shtml> Acesso em 03 set. 2018.

GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 54-57.

G1. TSE nega direito de resposta a Marina para contestar propaganda de Dilma. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/noticia/2014/09/tse-nega-direito-de-resposta-marina-por-propaganda-de-dilma-na-tv.html>. Acesso em 14 ago. 2018.

NEISSER, Fernando Gaspar. **Crimes Eleitorais e Controle Material da Propaganda Eleitoral**: necessidade e utilidade da criminalização da mentira política. 2014, 277 p. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://loja.editoraforum.com.br/image/catalog/pdf/CRIME%20E%20MENTIRA%20NA%20POL%C3%8DTICA.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018

OSÓRIO, Aline. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 456 p.

SALGAGO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. Dissertação (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Estadual do Paraná, Curitiba, 2010. 356 p.

SALGADO, Eneida Desiree. **Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico:** vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Estadual do Paraná, Curitiba, 2005. 244p.

SALGADO, Eneida Desiree. Os Princípios Constitucionais Eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. **Tribunal Superior Eleitoral: Estudos Eleitorais**, v. 6, n. 3, 27 p., set./dez. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 308 p.

Seminário Internacional Brasil-União Europeia. *Fake News*: experiências e desafios. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/fakenews/>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Tribunal Superior Eleitoral. Presidente do TSE instaura procedimento para averiguar uso de notícias falsas na internet. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/presidente-do-tse-instaura-procedimento-para-averiguar-uso-de-noticias-falsas-na-internet>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Tribunal Superior Eleitoral. Ministro nega direito de resposta em propaganda de Marina Silva sobre desvalorização da Petrobras. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Setembro/ministro-nega-direito-de-resposta-em-propaganda-de-marina-silva-sobre-desvalorizacao-da-petrobras>. Acesso em 14 ago. 2018.

Tribunal Superior Eleitoral. Ministro do TSE nega pedido de direito de resposta a Marina Silva, em 18.09.2014. Disponível em: < http://www.tse.jus.br/videos/ministro-do-tse-nega-pedido-de-direito-de-resposta-a-marina-silva-em-18-09-2014>. Acesso em 14 ago. 2018.

Tribunal Superior Eleitoral. Eleições 2018: acordo para não proliferação de notícias falsas conta com assinatura de 28 partidos. Disponível em: < http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Julho/eleicoes-2018-acordo-para-nao-proliferacao-de-noticias-falsas-conta-com-assinatura-de-28-partidos> Acesso em 03 set. 2018.

VALOR. Fux classifica como fake news propaganda do PT contra Marina em 2014. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/5732565/fux-classifica-como-fake-news-propaganda-do-pt-contra-marina-em-2014>. Acesso em: 14 ago. 2018.

Ciências Criminais

16

A legislação penal brasileira e o minimalismo penal sob a análise econômica do direito

Matheus de Quadros [1]

Introdução:

Observando o momento atual do país no qual legislação penal sofre constante atualização, modificando-se os crimes de trânsito de forma recorrente, aumentando-se o rol de crimes hediondos e buscando a tutela incansável de inumeráveis novos bens jurídicos, principalmente referentes à internet e aos chamados crimes de colarinho branco, sem dúvidas é mister discutir essa confluência de tipos penais que parece ter nascido nas últimas décadas no Brasil.

O Brasil, assim, está englobado em uma tendência mundial, a qual denominam de expansão do Direito Penal, consistente em um aumento assombroso de tipos penais em comparação a qualquer outro momento histórico anterior e que deve ser questionado justamente pela sua atipicidade.

Nesse diapasão, o presente artigo busca primeiro contextualizar essa passagem do Direito Penal em sua nascente, lastreada por princípios limitadores de sua atividade para um Direito Penal novo, expansivo, que busca tornar esse ramo um agente ativo de mudança na sociedade.

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Pós-graduando em Direito Constitucional pela Damásio Educacional, pós-graduando em Direito Processual Penal e Direito Penal pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Assessor de promotoria no Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR). E-mail: matheusmdq@hotmail.com.

Posteriormente, utilizando-se dos princípios da Análise Econômica do Direito, o presente trabalho intenta realizar um falseamento com base em números advindos da experiência concreta, verificando a eficiência dessa nova concepção, utilizando-se ao mesmo tempo da visão crítica do minimalismo penal, maiores detratores dessa nova fase expansionista e da ótica da eficiência.

Assim, questiona-se diante do novo Direito Penal se esse representa realmente um avanço ou se a mencionada expansão apenas é um abandono ao que o Direito Penal nasceu para ser, minando suas próprias bases e princípios frente a dados da realidade pátria.

Utilizando-se quanto à metodologia científica do método de pesquisa indutivo, fazendo uso de documentação indireta bibliográfica, o presente artigo explora essa questão que se mostra de imenso relevo social, vez que diante do questionamento da expansão do Direito Penal surgem duas possíveis respostas: se essa se mostra eficaz, torna-se a elevação de ilícitos à esfera penal uma poderosa arma contra novos tipos de criminalidade, porém, se ineficaz, verifica-se um injustificado aumento da massa carcerária, buscando-se ao mesmo tempo uma solução alternativa.

Já quanto os critérios utilizados sobre a Análise Econômica do Direito, definida e melhor abordada a seguir, a observação será feita levando em consideração o homem como *homo economicus*, indivíduo plenamente racional, por questões de sintetização da análise e de suas conclusões, retirando fatores exógenos que venham a impossibilitar uma conclusão.

Dentre as vertentes da Análise Econômica do Direito, essa será usada em sua forma positiva, pautada pela limitação dos valores basilares do Direito.

Buscando como aporte teórico desde doutrinadores internacionalmente reconhecidos em seus estudos críticos sobre a expansão do Direito Penal, como Winfried Hassemer e Jesus Maria Silva Sánchez, até doutrinadores nacionais que já se debruçaram sobre a questão como Rogério Greco, o presente trabalho também

empresta conceitos da economia, dentro da chamada Análise Econômica do Direito, expostos na doutrina pátria por Filipe Azevedo Rodrigues e Gustavo André Olsson e internacionalmente por Gary Becker, Robert Cooter e Thomas Ulen.

Do Direito Penal Liberal para o Direito Penal Moderno

Inicialmente, antes de um detido exame do complexo tema da Análise Econômica do Direito no que diz respeito ao chamado Direito Penal Liberal, mister a observação de um breve apanhado de conceitos gerais e noções históricas que demonstrem o cabimento e a necessidade dessa ideia. Assim, há que se questionar antes de tudo o embrião da ideia do Estado e sua função precípua.

Apesar de diversas teorias sobre o surgimento do Estado, a citar as teorias sociológica e paternalista, as quais tratam em diferentes vieses o surgimento do Estado e da sociedade civil, parte-se neste trabalho especificamente da ideia contratualista sobre o início da sociedade.

Dentro dessa ideia, mais particularmente no que concerne às ideias de John Locke em seu Segundo tratado sobre a sociedade civil, visto ser nesse caldeirão de ideias iluministas, das quais inclusa a mencionada teoria contratualista, quando nasce o Direito Penal como é conhecido atualmente.

Entende-se de acordo com o mencionado autor que o Estado surge a partir da união consensual dos homens, que abdicam da sua liberdade no "estado de natureza", para garantir a salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens (LOCKE, 1994, p. 156). Troca-se a liberdade pela segurança e é dessa exata concepção de Estado que vem a surgir o Direito Penal como conhecemos hoje, em sua chamada fase humanitária, preconizada pioneiramente por integrantes do período iluminista como Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria.

Através do Estado, que vem a ser o detentor do monopólio da força, faz-se essa supramencionada salvaguarda, com a tutela estatal

dos considerados bens jurídicos, ou seja, dos "pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosa, como por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade [...]" (ROXIN apud PRADO, 2014, p. 49). Assim, utilizando-se da conceituação do ideário liberal, nascida com autores como Locke, o Estado age justamente para tutelar juridicamente os pressupostos considerados essenciais a ponto de merecerem tutela jurisdicional através de punições que impeçam violação.

Dessa forma, cria-se uma lei, a qual protege um determinado bem, impondo uma sanção para aquele que vier a praticar um ato ilícito, lesionando um direito através da quebra do dever jurídico imposto (NADER, 2014, p. 341).

Essa sanção poderá ser disposta entre as instâncias do Direito Civil, Penal ou Administrativo, a depender do grau e do *modus operandi* da lesão provocada e do bem jurídico afetado. Nesse sentido aponta Anibal Bruno sobre a diferenciação do ilícito civil e penal (apud MORAES, 2014):

> [...] não há diferença em substância entre ilícito penal e ilícito civil. O que os distingue é antes questão de grau que de essência . Todo ilícito é uma contradição à lei, uma rebelião contra a norma, expressa na ofensa ou ameaça a um bem ou interesse por esta tutelado. A importância social atribuída a esse bem ou interesse jurídico é, em grande parte, o que determina a natureza da sanção – civil ou penal. É uma questão de hierarquia de valores. Ao legislador é que cabe, tomando em consideração condições do momento, fixar que espécie de bens jurídicos devem ser elevados à tutela penal, e, portanto, a que determinados fatos se atribuirá o caráter de crime. Mas afinal a pena é um recurso extremo de que se vale o legislador quando de outro modo não lhe seria possível assegurar a manutenção da ordem jurídica. A sua oportunidade é marcada pela insuficiência da sanção civil.

No mesmo diapasão, José Cretella Júnior ao diferenciar o ilícito penal do ilícito administrativo se posiciona da mesma forma:

> No campo do direito, o ilícito alça-se à altura de categoria jurídica e, como entidade categorial é revestida de unidade ôntica, diversificada em penal, civil, administrativa, apenas para efeito de integração, neste ou naquele ramo, evidenciando-se a diferença quantitativa ou de grau, não a diferença qualitativa ou de substância. Deste modo, o ilícito administrativo caminha em plano menos elevado do que o ilícito penal, é um minus em relação a este, separando-os o matiz de oportunidade conveniência, avaliado pelo critério axiológico, possível na esfera discricionária do administrador e do magistrado, contingente ao tempo e às áreas geográficas. (2006, p. 144)

Logo, partindo do pressuposto que cada ilícito é tratado por um campo do Direito em suas consequências a partir da gravidade da lesão provocada e dos efeitos causados, quando falamos do Direito Penal tratamos da área do Direito que se abarcam as lesões mais graves aos bens jurídicos mais preciosos, visto que esse é o que tem como consequência a mais grave sanção: a limitação da liberdade do apenado.

Justamente por isso, esse tem princípios limitadores da sua utilização, racionalizando as ocasiões que merecem a sanção penal.

Dentre os princípios limitadores do poder punitivo estatal, citam-se exemplos como: o **princípio da legalidade**, o qual implica que "nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente" (BITENCOURT, 2015, p. 50); o **princípio da intervenção mínima**, que dispõe que apenas se pode criminalizar as condutas após o fracasso das sanções cíveis e administrativas, impondo-se como necessária essa punição como prevenção aos fatos que atinjam bens jurídicos importantes; o **princípio da fragmentariedade**, que permite a tutela penal apenas dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade; o princípio da ofensividade, que limita a tipificação penal apenas de condutas que apresentem ao menos um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico e o **princípio da proporcionalidade**, que exige

uma proporção entre a pena aplicada com a lesão provocada ao bem jurídico tutelado.

Através desses e tantos outros como o princípio da culpabilidade e o princípio da adequação social, utiliza-se o Direito Penal apenas ao passar por uma série de filtros que tornem a utilização dessas medidas mais rara e eficaz possível, incidindo apenas em último caso contra aqueles que necessitem de uma intervenção mais aguerrida do Estado.

Mais que isso, dentro do texto constitucional, diversos dos princípios basilares do Direito Penal se encontram previstos constitucionalmente, o que reforçam a suma importância de um delineado mais garantista da matéria. Nesse sentido, observa-se dentro da Constituição Federal de 1988 os princípios da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF), humanização, do devido processo legal, dentre outros princípios que se encontram implícitos, como o da intervenção mínima (art. 1º, III, CF e art. 5º *caput*, CF).

Dessa forma, observa-se não apenas perpetuação das ideias máximas da fase humanitária do Direito Penal, mas também a consciência do constituinte originário em dar a esse a elevada valoração.

Seguindo os princípios supramencionados, deve chegar à tutela do Direito Penal apenas alguns poucos casos aberrantes na visão da sociedade, que tratem de condutas inaceitáveis e que só possam ser tratadas pelo ramo da *ultima ratio*, visto a comprovada ineficiência dos outros meios disponíveis no Direito. Ou, pelo menos, é o que deveria ser realizado.

Entretanto, a realidade há muito se distancia dos princípios norteadores do chamado Direito Penal Liberal, partindo para uma nova forma doutrinariamente denominada de Direito Penal Moderno, marcado justamente por uma expansão de tipos penais através do aumento de bens jurídicos e da transferência de ilícitos de outros ramos do Direito para a seara penal.

Sobre essa expansão do Direito Penal, indo contra a ideia geral de que esta seria causada exclusivamente pelo movimento Lei e

Ordem americano – conhecido pelo seu rigor punitivo –, Jesus Maria Silva Sánchez, um dos nomes de maior relevo no estudo do assunto, leciona que essa veio a ser causada, também (dentre outros motivos) pelo aparecimento de novos riscos, pela sensação social e institucionalização da insegurança, pela identificação da população com a vítima dos delitos, pelo descrédito de outras instituições e esferas, a política criminal social-democrata e curiosamente pelo que o autor chama de gestores atípicos da moral (SÁNCHEZ, 2002, p. 27 et. seq.), trazendo uma situação bem mais complexa que pensada à primeira vista.

Quanto a esses gestores atípicos da moral, Sánchez lança uma interessante ideia sobre a ascensão e consequente racha da esquerda com alguns grupos, que em vez de deslegitimar a proteção já existente, como se esperava, pedem mais proteção. Nesse sentido, refere-se a uma mudança de paradigma da moral social, com ascensão de novos gestores dessa, como associações de ecologistas, feministas, consumidores, vizinhos, pacifistas, antirracistas, dentre outras, opondo-se ao modelo tradicional de legislador burguês conservador (2002, p. 63). Assim, dentro de uma democratização de espaço de poder, surgem novas demandas, que são diretamente levadas ao Direito Penal por requisição do senso comum e prontamente aceitas pelo legislador.

Ademais, o Direito Penal passa também por uma mudança de *modus operandi* estrutural. Enquanto que esse ramo do Direito surge para punir um fato posteriormente à sua realização, agora ele foca numa realização preventiva, no que Sánchez chama de "administrativização" do Direito Penal (SÁNCHEZ, 2002, p. 114).

Todavia, essa expansão do Direito Penal como *prima ratio* é alvo de críticas por parcela considerável da doutrina, destacando-se não apenas aqueles que advogam a adoção de um Direito Penal minimalista, voltado às suas raízes liberais, a exemplificar os estudiosos da Escola de Frankfurt, mas também por aqueles que na teoria advogam a expansão do Direito Penal, porém criticam seu crescimento desarrazoado, como é o caso de doutrinadores como

Massimo Donini, que considera que "a ameaça da pena vem substituindo a ética e a pedagogia, com função de estabilização de expectativas de segurança" (apud OLIVEIRA, 2013, p. 48).

Nesse sentido, um dos maiores críticos no Brasil sobre essa expansão, Rogério Greco, coloca que esse aumento de tipos penais, principalmente na tentativa de sanar a sensação de insegurança que contamina à sociedade e ao obedecer cegamente os gestores atípicos da moral, causa uma sensação inversa, conforme dispõe o autor que:

> [...] O problema maior, na sociedade concebida como pós moderna, influenciada pelos movimentos de mídia, é que o pensamento se move em sentido contrário. Assim, acredita-se que um número maior de leis trará uma sensação de maior segurança. Esse é um discurso falacioso, mentiroso. Desde Beccaria, já se havia concluído que não era pelo recrudescimento das leis que o Direito Penal seria respeitado, mas sim pela certeza absoluta de que, se fosse a lei descumprida, certamente o infrator seria punido. O que temos hoje, na verdade, é uma sensação de anomia, justamente em virtude do excesso de leis, e não pela sua falta. Leis demais dão a sensação de estarem sendo descumpridas. O clima de impunidade passa a reinar. (2017, p. 257).

Partindo dessa premissa crítica sobre a ineficiência da expansão do Direito Penal, conforme advogam seus detratores, realiza-se no presente artigo um falseamento dessa nova concepção usando da Análise Econômica do Direito.

A Análise Econômica do Direito e sua aplicação no Direito Penal

Tema possivelmente inédito para muitos no Brasil, visto sua pouca exploração doutrinária, a Análise Econômica do Direito, conforme Gustavo André Olsson, apesar de ser imputada sua criação a nomes como Beccaria e Bentham, só veio realmente tomar corpo no na década de 1960 com estudos de nomes como Gary Becker (OLSSON, 2014, p. 56-58).

De acordo com as observações de Filipe Azevedo Rodrigues, esse novo ramo surge dentro do chamado movimento do Realismo Jurídico em sua vertente norte-americana, o qual incentivava a aproximação do Direito a outras ciências como forma de compreender de fato a realidade social (2014, p. 51). Assim, surge a Análise Econômica do Direito como uma visão da ciência jurídica a partir das bases analíticas e interpretativas da Ciência Econômica, utilizando como norte a eficiência da norma.

Dessa forma, utilizando a Análise Econômica do Direito, considera-se no presente trabalho a eficiência como a correta execução dos fins declarados da pena em seus dois aspectos mais visíveis: o preventivo geral negativo e o preventivo especial negativo, ou seja, respectivamente, a intimidação causada pela existência de pena como forma de diminuição de crimes e a existência do tipo penal como forma de aferir punição ao criminoso, processando-o e afastando-o da sociedade.

Nesta oportunidade, desconsidera-se o efeito preventivo geral positivo (a sensação de bem-estar causada pelo cumprimento da lei), por não haver forma concreta de ser notado, o preventivo especial positivo (a ressocialização do apenado como forma de evitar novos crimes), por depender a ressocialização do preso de fatores exógenos relacionados à execução penal e o efeito retributivo (a punição como vingança), por ser inútil dentro de uma perspectiva utilitarista.

Como tratado durante a introdução, nesta oportunidade será utilizado como referencial o homem como indivíduo plenamente racional, ignorando qualquer conduta irracional desse como forma de sintetizar a discussão e os dados utilizados e isolar as condições do problema, visto que como é sabido, o homem nem sempre realiza suas ações plenamente ciente de todas as circunstâncias envolvidas. Sendo neste norte, oportuno mencionar que:

> [...] o delito ocorre na medida em que o delinquente, como homo economicus, reage racionalmente a incentivos, assim como os não criminosos o fazem. Esses incentivos são delimitados através de

> uma análise de custos e benefícios entre praticar ou não a conduta criminosa. (BECKER apud RODRIGUES, 2014, p. 76).

Assim, utilizando do *homo economicus* como referencial, Robert Cooter e Thomas Ulen, em sua obra sobre as relações de Direito e Economia, tratam da realização de crimes como uma equação dos possíveis benefícios contra os possíveis prejuízos do cometimento do ato, realizando-o conforme a sobreposição de um em relação ao outro (COOTER; ULEN, 2011, p. 460).

Tal equação é realizada de forma que y (*x)* representa o chamado *payoff* do crime, ou seja, sua recompensa, *f (x)* é sua punição e *p (x) f (x)* representa a possibilidade da punição, aferida pela multiplicação do coeficiente da pena pelo da possibilidade de punição, envolvido intimamente pela aplicação da verba pública em policiamento e pela celeridade processual, que vão definir o grau de impunidade do infrator (COOTER; ULEN, 2011, p. 463).

De acordo com tabela exemplificativa constante na obra original, representa-se da seguinte forma como tabela:

TABELA 1 – Punição esperada

f(Punishment)	*p*(Probability)	*p* × *f*(Expected Punishment)
10	1.00	10
20	.50	10
40	.25	10
100	.10	10

Fonte: COOTER; ULEN, 2011, p. 477.

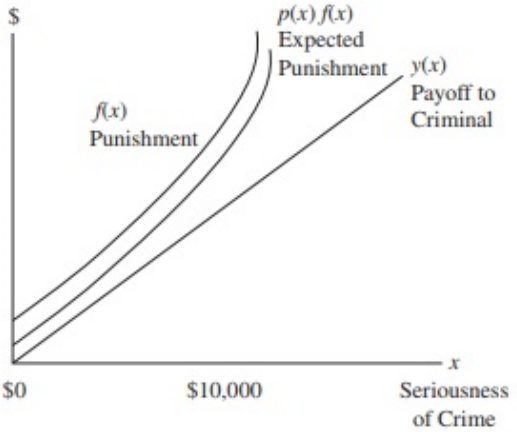
Nesse diapasão, os referidos autores demonstram a relação dessas três variáveis supramencionadas, sendo efetivada a partir do nível do dano ($, visto se tratar no exemplo mencionado de crimes financeiros) e da gravidade do crime (*x)*, ou, em linguagem jurídica, o quão precioso é o bem jurídico afetado. Assim, a depender da punição

e da probabilidade da aplicação dessa, poderia ser aferido de forma racional se compensaria ou não o cometimento de um crime.

Da mesma forma, expõem os autores que os crimes mais sérios geralmente apresentam uma recompensa maior, assim como quanto maior a lesão realizada, a mesma tendência é analisada, principalmente nos crimes financeiros (COOTER; ULEN, 2011, p. 463).

Todo exposto vem a ser ilustrado a seguir a partir do apurado pelos autores:

GRÁFICO 1 – A relação de punição, punição esperada e *payoff* .



Fonte: COOTER; ULEN, 2011, p. 465.

Como pode ser percebido, o que ocorre nesse caso toca tanto na prevenção geral negativa como a prevenção especial negativa, sendo que no que concerne à quantidade de pena ou a forma de ser aplicada, essa tende a provocar uma maior intimidação ao delinquente ao cogitar o crime (prevenção geral negativa), a certeza de punição age para neutralizar o delinquente durante certo período se for efetivamente preso (prevenção especial negativa), além de também pesar na chamada fase do *cogitatio* do *iter criminis*.

Todavia, nota-se no demonstrado gráfico que tanto a probabilidade de punição como a punição atingem em si em certo momento um ponto ótimo, onde o crescimento se mostra

estagnado, limitado pela possibilidade da pena ou de seu aferimento, enquanto que a recompensa por seu cometimento mostra um crescimento que ultrapassa qualquer malefício advindo da pena.

Justamente visando os fins da Análise Econômica do Direito, ou seja, quantificar a eficiência de uma norma jurídica, que se demonstra o uso concreto da legislação brasileira em relação a esta matéria.

Logo, é possível por meio dessa relação de três variáveis, quantificar a eficiência da aplicação de uma norma penal, alcançando ou não seus tratados fins a partir da utilização de punição e probabilidade desta.

A Análise Econômica do Direito aplicada ao Direito Penal brasileiro

Justamente visando os fins da Análise Econômica do Direito, ou seja, quantificar a eficiência de uma norma jurídica, que se demonstra o uso concreto da legislação brasileira em relação a esta matéria.

Como amostra primeira, utiliza-se a Legislação de Trânsito, um dos alvos mais notáveis da hiperinflação do Direito Penal.

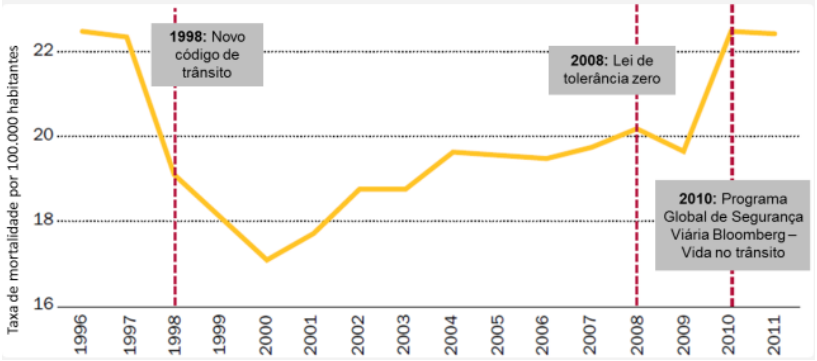
Vigente desde 1997, quando revogou a Lei nº 5108/1966, o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9503/1997) traz uma inovação em relações às legislações anteriores de trânsito: enquanto esses traziam apenas sanções administrativas para as infrações, o CTB introduziu os crimes de trânsito, compreendidos em um rol entre os arts. 302 a 312, visto o clamor popular por uma punição mais rigorosa para determinadas condutas no trânsito.

Porém, visto a insuficiência dessas medidas repressivas originais, ano após ano foram criadas reformas legislativas no diploma legal de 1997, tornando as punições mais severas e os parâmetros adotados mais rigorosos, a exemplo do tipo penal de dirigir embriagado, previsto no art. 306, o qual inicialmente previa necessidade de dano potencial, depois, em 2008, passou a punir a

mera concentração a partir de 06 dg/l de sangue e, por fim, em 2012 adotou a tolerância zero.

Entretanto, como apura estudo realizado entre os anos de 1996 e 2011 comparando as reformas legislativas e os números de morte no trânsito em gráfico adaptado pelo Centro de Informações sobre Saúde e Álcool (CISA), as frequentes mudanças na lei não tiveram o resultado esperado a longo prazo:

GRÁFICO 2 – Taxa de mortalidade no trânsito por 100.000 habitantes no Brasil



Fonte: CISA, 2018

Conclui o mencionado estudo realizado pelo CISA, em consonância com o exposto anteriormente sobre a relação de benefícios e prejuízos, que um dos principais fatores para a ineficiência da lei é sua falta de fiscalização (ou seja, um baixo nível de punição esperado) (CISA, 2018). Além disso, observa-se também que apesar de fatores exógenos como o aumento do número de veículos e motoristas, em 2011 os níveis de mortes se encontravam aproximadamente os mesmos de 1996, antes da criação do Código de Trânsito Brasileiro, o que poderia demonstrar também um alcance de um ponto ótimo de punição ou de requisitos para sanção aquém do delimitado.

Assim, apesar das diversas mudanças legislativas, a destacar as alterações trazidas pela recente Lei 13.546/2017, que aumentou de forma substancial a pena para os crimes de lesão corporal culposa

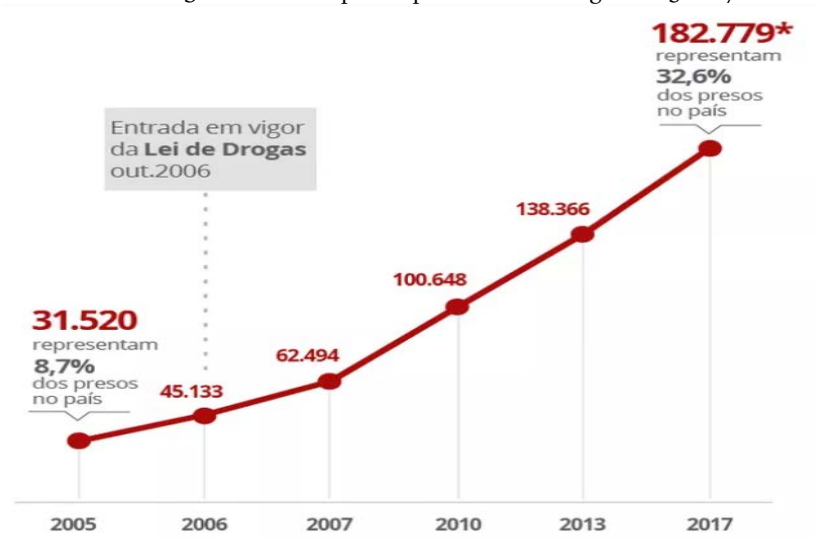
no trânsito (art. 303, CTB) e homicídio culposo no trânsito (art. 302, CTB), dificilmente estas terão efeito diferente das outras alterações legislativas demonstradas a seguir, concluindo-se ineficientes.

Na mesma esteira, pode-se citar os delitos de drogas como outra vítima da expansão desarrazoada do Direito Penal, pois após quase meio século da declaração da guerra às drogas pelo presidente Nixon nos Estados Unidos, apenas se aumentou a massa carcerária e nada se fez em relação aos números do tráfico, razão pela qual diversos países no mundo, a exemplo de Portugal e diversos estados nos Estados Unidos, tem adotado outra abordagem que não a repressão.

No Brasil, até o momento o caminho continua o mesmo dos anos setenta, havendo uma escalada considerável pela criminalização cada vez mais brutal aos crimes conceituados como parte do tráfico de drogas, passando pela Lei 6.368/76, pela a inafiançabilidade do crime de tráfico ilícito de entorpecentes pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XLIII, CF), pela sua equiparação a crime hediondo (art. 2º da Lei 8.072/90) e por fim pela Lei 11.343/2006, que apesar de ter isentado de pena o uso de entorpecentes e ter criado a figura do tráfico privilegiado, aumentou de três para cinco anos a pena mínima do tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/2006).

O resultado foi o óbvio agravamento da situação carcerária brasileira, que se aprofunda em sua falência a cada ano e nenhum índice animador que demonstre sinais de melhora, pelo contrário, conforme mostra gráfico elaborado pelo G1 com base em informações do G1, com aumento de 480% de presos em doze anos por tráfico de drogas (D'AGOSTINO; REIS; VELASCO, 2017):

GRÁFICO 3 – Número de presos por tráfico de drogas 2005-2017



Fonte: D'AGOSTINO; REIS; VELASCO, 2017.

Logo, o que se verifica é que não apenas a pena passou do ponto ótimo, como também que a expectativa de punição não veio a ser suficiente para compensar o *payoff* na visão dos infratores.

Porém, esse não é o único problema visível da expansão do Direito Penal na realidade brasileira. Não bastasse a ineficiência dos novos tipos penais criados quanto à diminuição das condutas, surge ainda outro problema muito pior, a sensação de impunidade, propulsor da realização de novos fatos.

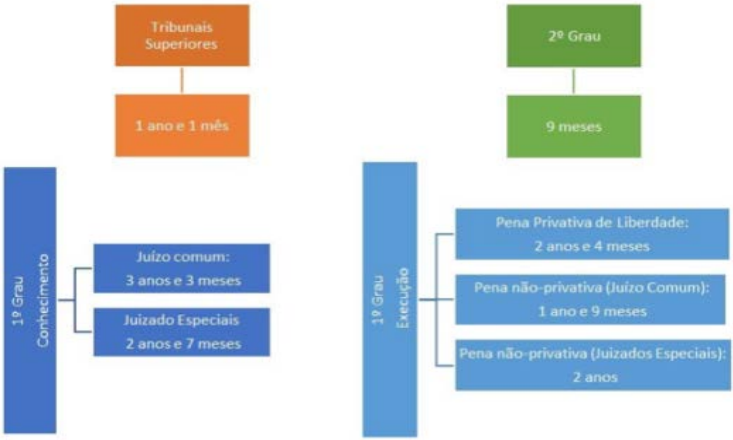
Como é sabido, o Direito Penal, por trazer uma sanção mais gravosa que a dos outros ramos jurídicos, ao mesmo tempo assegura maiores garantias, visando aferir a certeza da culpa nos casos analisados e cumprir o princípio da ampla defesa, exposto no art. tal.

Um dos maiores críticos nesse diapasão é o alemão Winfried Hassemer, que aponta, por exemplo, a inefetividade do ramo penal para os crimes ambientais, colocando-o inclusive como causa de aumento do dano ambiental e um meio completamente desarrazoado em seus fins, visto o número de prisões e as pequenas multas aplicadas (HASSEMER, 2007, p. 226-229).

No Brasil, confere-se a mesma questão, notadamente nos crimes chamados de "colarinho branco", sendo caso notório o do ex-governador Eduardo Azeredo, que protela uma ação penal pelos crimes de peculato e lavagem de dinheiro há mais de onze anos a partir de fatos datados de 1998 (PRAZERES, 2018).

E, mesmo considerando esse como um caso excepcional, ainda sim, de acordo com diagrama advindo dos dados do relatório "Justiça em Números", que verifica as estatísticas do Judiciário brasileiro, ainda é gritante a demora, demonstrada no infográfico abaixo com a média de duração dos processos em cada instância, seis anos e dois meses em média até o trânsito em julgado e a execução da pena:

FIGURA 1 – Diagrama de tempo médio de duração do processo criminal baixado



Fonte: CIEGLINSKI, 2018.

Para Gary Becker, este espaço compreendido entre a data dos fatos e o início do cumprimento de sua punição é o real sentido de reprimenda e que por isto deveria ser o mais breve possível, para efetivar um efeito repelente efetivo para o cometimento de crimes (apud OLSSON, 2014, p. 110-111). Esta demora demonstrada no gráfico acima não age de forma eficiente na escolha racional da realização de crimes.

E por que se dá isso? Pelo número de recursos, pela forma como se dão os prazos e pelas garantias processuais, a se exemplificar a impossibilidade da citação por edital como válida, além da discussão que se prolonga sobre a execução provisória da pena.

Assim, a partir do momento que a população clama pela punição dos chamados "crimes de colarinho branco", esbarra na realidade do processo penal a efetivação desses novos tipos com as garantias inerentes a esse ramo.

Mais que isso, as consequências, frisa-se, chegam a ser mais nefastas que a simples inefetividade do cumprimento da norma, pois a sensação de impunidade causada pela inefetividade da norma traz um efeito cascata, o qual é estudado pela economia comportamental.

Como aponta Gustavo André Olsson, dois dos fenômenos decorrentes das relações desse ramo:

> Cita-se preliminarmente o instituto da ancoragem, quando o indivíduo reage a algo novo baseado em experiências já conhecidas (OLSSON, 2014, p. 174) e também o instituto da disponibilidade, demonstrado quando o indivíduo se baseia em experiências passadas para decidir uma ação, a depender da "intensidade/temporalidade/dramaticidade/choque e experiencialidade dos eventos" (OLSSON, 2014, p. 177), destacando-se a ilusão já citada que a criminalização é uma forma eficiente de controle social, utilizando-se dessa os "gestores atípicos da moral".

Juntando os dois efeitos supramencionados, surge um terceiro, chamado de "efeito rebanho" ou "efeito manada", o qual decorre tanto da cópia do comportamento de terceiros, ou seja, se em uma região onde são cometidos diversos crimes nenhum deles é punido ou averiguado, incentiva-se o cometimento de novos crimes, como também da cópia experiências pessoais, a se exemplificar por um indivíduo que se demonstra um delinquente habitual e, ao não ser devidamente punido, percebe um incentivo para a prática de novos crimes. Ironicamente, ambos remetem à Teoria das Janelas Quebradas, advinda da Escola de Chicago e que foi uma das bases da expansão penal dos Estados Unidos na segunda metade do século XX.

E, de fato, a concepção que integra o movimento Lei e Ordem tem a acertada noção de que a impunidade de práticas delituosas é um incentivo a novas condutas criminosas. O problema que se encontra na mencionada corrente é a resposta dada para esse problema, qual seja, o Direito Penal, o que gerou a maior população carcerária do mundo nos EUA, sem solucionar todas as mazelas que justificaram a implantação dessas ideias.

O minimalismo penal como solução à ineficiência

Como solução, os defensores do chamado minimalismo penal orientam no sentido de ainda sim punir, mas de forma diferente, propondo alternativas que tornem o processo mais célere.

Nesse diapasão, surgem duas propostas preponderantes como alternativas minimalistas: o Direito Penal de velocidades, idealizado por Jesus Maria Silva Sánchez e o Direito de Intervenção, idealizado por Winfried Hassemer.

O chamado Direito de Intervenção, idealizado por Hassemer, busca precisamente idealizar uma forma de levar a solução para fora do Direito Penal, deixando para esse o chamado núcleo duro, onde apenas estão as mais graves lesões aos bens jurídicos mais importantes, ou seja, o retorno ao Direito Penal a suas origens iluministas.

Ainda de acordo com o doutrinador, em obra conjunta com Muñoz Conde, pontua que não se trata de compensar o injusto realizado, mas sim de prevenir o dano, de controlar e ao invés de focar no passado, direcionar para o futuro (apud OLIVEIRA, 2013. p. 65), focando assim no Direito de Intervenção como uma nova forma de prevenção.

Exemplificando-se nesse norte, Hassemer sugere regras de prevenção para os delitos contra a Administração Pública, a se ressaltar os crimes de corrupção, exemplificando-se regras para "[...] transparência no financiamento de campanhas públicas, a eliminação ou severa restrição dos cargos de confiança, adoção dos

princípios de oportunidade e *plea bargaining* do Ministério Público para obtenção de informações, e a regularidade de auditorias internas"

> [...] transparência no financiamento de campanhas públicas, a eliminação ou severa restrição dos cargos de confiança, adoção dos princípios de oportunidade e plea bargaining do Ministério Público para obtenção de informações, e a regularidade de auditorias internas. (OLIVEIRA, 2013, p. 69).

E de fato, diversos institutos de legislações extravagantes agem em métodos de prevenir a criminalidade por formas diversas, como a delação premiada, prevista em diversos diplomas, mas de importância única nos termos da Lei 12.850/2013 e a instituição do *whistleblower*, previsto na Lei 13.608/2018, que se demonstram formas do instituto da *common law* do *plea bargaining* e a Lei Complementar nº 131/2009, que instituiu a necessidade de atualização em tempo real de informações orçamentárias, que veio a criar o Portal da Transparência.

Porém, compreende-se também no Direito de Intervenção a intimidação por si, compreendendo nesse ramo, na falta de uma sistematização exata, os delitos característicos do Direito Penal Moderno, "como a corrupção, o tráfico de drogas, a fabricação de produtos perigosos, o crime organizado e a prevenção da criminalidade juvenil" (OLIVEIRA, 2013, p. 71), agindo sobre bens coletivos, complexos, de difícil comprovação material e que o Direito Penal não consegue em sua estrutura prevenir e punir de forma eficaz.

Vale mencionar que boa parte dos estudos sobre o Direito de Intervenção parte de doutrinadores que analisam a obra de Hassemer e não do próprio autor, pois historicamente essa ideia se encontra dispersa dentre suas mais diversas obras. Mais que delimitar exatamente o que e como seria o Direito de Intervenção, a preocupação de Hassemer é retornar o Direito Penal às suas origens e mudar o curso da hiperinflação de tipos penais.

Sendo a principal proposta do autor a manutenção do Direito Penal incólume de distorções e aumentos desnecessários, podem ser encontradas na obra de Hassemer críticas ao refeito instituto do ancoramento, vez que:

> Para o autor, não é natural que sempre os mesmos atuem (legislativo) e sempre os mesmos critiquem (doutrina), que uns "ponham as estacas" e outros reclamem, ainda que estejamos diante de tempos difíceis para uma política criminal orienta à proteção dos direitos humanos. Para que essa situação não continue, propõe o autor que a crítica da doutrina seja mais proativa, oferecendo possibilidades diferentes de contenção de danos e da criminalidade, ainda que sob a forma de esboços teóricos (OLIVEIRA, 2013, p. 64).

Noutro giro, a teoria das velocidades do Direito Penal, criada por Sánchez, parte do mesmo pressuposto de expansão de tipos penais, porém, ao contrário de Hassemer, não repudia essa mudança de paradigma, considerando ser impossível retornar ao Direito Penal Liberal. O que o autor espanhol prega em sua obra é que "[...] o problema não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, senão especificamente a expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade. É essa última que deve realmente ser contida" (SÁNCHEZ, 2002, p. 139).

Assim, o que propõe Sánchez é a possibilidade de permitir essa expansão dentro do próprio Direito Penal, com menos garantias de forma a se assegurar a celeridade e eficiência, desde que a sanção prevista não fosse a da pena de prisão.

Cria-se uma divisão então do Direito Penal no que o autor chama de duas velocidades, a primeira, que corresponde ao Direito Penal tradicional com ênfase na pena privativa de liberdade, mas que respeita todas as garantias constitucionais que sustentam os direitos fundamentais do réu e a segunda, que dá ênfase às penas diversas da de prisão, relativizando as garantias clássicas do Direito Penal.

Sobre a segunda velocidade do Direito Penal de Sánchez, poderia ser utilizado como exemplo o contido na Lei 9.099/95, que criou o procedimento sumaríssimo no processo penal para as infrações de menor potencial ofensivo e de fato, de acordo com o relatório Justiça em Números, o tempo médio de um processo no procedimento sumaríssimo passa de 3 anos e 3 meses para 2 anos e 7 meses, comparando-se o tempo desse com a duração média dos processos em primeira instância no ritmo sumário e ordinário. Além disso, ao prever institutos como a transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95) e a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), a lei também impõe novas formas de impedir a judicialização desnecessária, punindo de forma mais leve, mas efetiva.

Pode ser aferido pelo exposto que a diferença principal entre ambos é que enquanto Hassemer dá preferência à manutenção do Direito Penal apenas para um núcleo duro, que seria a primeira velocidade para Sánchez, este acredita na possibilidade da coexistência de ambas as formas de delito conviverem no Direito Penal com diversas tratativas. Todavia, é possível compreender o entendimento de ambos que é ineficiente a expansão atual, desmedida, que coloca como remédio o Direito Penal em seus ditames tradicionais de forma completamente ineficaz, cabendo escolher qual caminho será trilhado para superar esse obstáculo da expansão atual para um novo modelo, eficaz, mas ainda garantista.

Considerações Finais:

Sem ambicionar a solução para esse embate de modelos alternativos, o que é mister em um primeiro momento é perceber essa contradição entre a expansão do Direito Penal com a ineficiência dessa e a violação dos princípios basilares desse ramo do Direito, sedimentados dentro do rol de direitos e garantias da Constituição Federal de 1988.

Baseado no pensamento do senso comum do Direito Penal como vingança, a partir de uma junção de tendências do século XX, utilizou-se sua expansão como arma para todo e qualquer tipo de mazela, sem se atentar à eficiência dessas medidas em uma união de inúmeras tendências que surgiram concomitante, colaborando para a mencionada expansão.

Entretanto, com o aprimoramento da ciência da Análise Econômica do Direito, possibilitou-se a criação de ferramentas que aferissem a conveniência dessa expansão a partir dos mais diversos tipos penais e, sem surpresas, mostraram essas medidas não apenas ineficazes, mas até prejudiciais, com a expansão sem uma eficaz política que permita a proporcional punição a esse novo tipo de delinquentes, o que se tem é o aumento do número de crimes sem solução e o aumento da sensação de insegurança, sem coibir o crescimento dessas medidas proibidas.

Nesse sentido, o Direito Penal Liberal se mostra incólume em seus princípios como ainda atuais limitadores do seu uso irracional, advogando por sua manutenção como a real *ultima ratio*.

Não obstante, entendendo a necessidade de novas demandas sociais e das complexidades trazidas pela modernidade, a doutrina do minimalismo penal concorda com a punição de todas as condutas que venham a ferir bens jurídicos, porém por via das outras esferas do Direito, partindo para a Penal com a consequente aplicação da pena de prisão apenas quando esgotadas as outras formas.

Sobre, despontam dois nomes de suma importância capitaneando duas direções: a de Jesus Maria Silva Sánchez, que entende pela conservação de tais condutas no Direito Penal, mas sem as garantias e punições do Direito Penal clássico, o qual chama de Direito Penal de primeira velocidade e a de Winfried Hassemer, que compreende pela criação de uma esfera intermediária chamada de Direito de Intervenção, situada entre o Direito Administrativo e Direito Penal, que viria a punir com celeridade os infratores, sem delimitar sua liberdade.

Entendendo um ponto em comum entre ambas as correntes que é a manutenção de um degrau intermediário onde se situariam boa parte dessas novas condutas, obedecendo à manutenção de um núcleo duro que seria o Direito Penal Liberal onde seriam respeitados todos seus princípios fundamentais.

Conclui-se assim que a partir do olhar da falibilidade da Expansão do Direito Penal como nova forma de controle social, utilizando-se da Análise Econômica do Direito, retorna a relevância dos minimalistas penais e suas soluções voltadas aos princípios iluministas que fundaram o Direito Penal como conhecemos, olhando não apenas para a eficiência da Justiça, mas também a obediência do que reza a Constituição Federal de 1988, concretizando que a prisão é apenas recurso hábil quanto todas as outras fronteiras do Estado falharem.

De mais a mais, a conservação dos alicerces do Direito Penal e o seu retorno ao ideal liberal são garantias não apenas de um processo mais célere e eficiente, mas também consequentemente do enaltecimento do supraprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e de todos os princípios a ele correlatos.

Assim, em consonância com o entendimento de Filipe Azevedo Rodrigues, embora seja impossível um retorno ao Direito Penal Liberal devido às novas demandas e realidades sociais, esse não se mostra um objetivo a ser atingido em sua plenitude, mas um ideal a ser perseguido, norteando os novos tipos penais consoante aos princípios basilares de seu surgimento, trazendo ao Direito Penal apenas à *ultima ratio*, de forma eficiente, garantista e ressocializadora (RODRIGUES, 2014, p. 230-231), mantendo a limitação necessária para impedir arbitrariedades do Estado sem partir para a impunidade.

Referências:

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Lei complementar nº 131, de 27 de maio de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp131.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5108.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Lei nº 13.546, de 19 de dezembro de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13546.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

CENTRO DE INFORMAÇÕES SOBRE SAÚDE E ÁLCOOL. **O impacto da "Lei seca" nas mortes no trânsito no Brasil**. Disponível em: <http://www.cisa.org.br/artigo/5828/-impacto-lei-seca-nas-mortes-no.php>. Acesso em: 07 set. 2018.

CIEGLINSKI, Thaís. **Fase de execução é a que mais aumenta tempo de tramitação de processos**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83679-fase-de-execucao-e-a-que-mais-aumenta-tempo-de-tramitacao-de-processos>. Acesso em: 09 set. 2018.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do processo administrativo.** 5. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

D'AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago; VELASCO, Clara. **Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso em: 07 set. 2018.

GRECO, Rogério**. Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. 4. ed. rev., ampl. e atual.. Niterói: Impetus, 2017.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 1994.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Da inexistência de diferença ontológica entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-inexistencia-de-diferenca-ontologica-entre-os-ilicitos-penais-e-os-ilicitos-administrativos,47872.html>. Acesso em: 07 set. 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o direito penal brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Juruá. 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRAZERES, Leandro. **Condenado a 20 anos por mensalão tucano, Azeredo recebe R$ 21 mil em aposentadorias**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/06/05/preso-por-mensalao-tucano-azeredo-recebe-r-21-mil-em-aposentadorias.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

RODRIGUES, Filipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

17

Entre balas perdidas e políticas desorientadas: uma análise crítica acerca das bases da segurança pública no Brasil

Maria Helena Abdanur Mendes dos Santos [1]
Luiz Henrique Cardelli [2]
Pedro Abdanur Mendes dos Santos [3]

Introdução

Seja no que se refere à violência das ruas à criminalidade de colarinho branco, o Brasil demonstra estar cada vez mais refém da delinquência.

Neste sentido, estudos desenvolvidos acerca do tema demonstram que as principais falhas na execução da segurança pública no país se encontram em suas raízes histórico-ideológicas.

Talvez a principal herança do Regime Militar que iniciou em 1964, o atual alicerce da segurança pública no Brasil ainda restringe-se a soluções focadas em um curto prazo, as quais são calcadas na

[1] Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná em convênio com a Universidade de Stuttgart-ALE. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Bacellar. Professora da graduação curso de Direito do Centro Universitário Opet (UniOpet) e da pós-graduação em Direito do Centro Universitário Internacional (Uninter). E-mail: mariahabdanur@hotmail.com.

[2] Acadêmico do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pesquisador ligado ao núcleo de pós-graduação em Direito da PUCPR. E-mail: henrique.cardelli@gmail.com.

[3] Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-Graduando em Segurança Pública pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Participou do III Corso di Alta Formazione per Giudici Federali Brasiliani "Il contrasto in Italia alle organizzazioni criminali mafiosi e al riciclaggio dei capitali illeciti" na Universidade de Palermo-ITA. E-mail: pedro.abdanur@gmail.com.

repressão e na intimidação, cujo instrumento consiste na relativização de direitos, concretizados por políticas de segurança pública que demonstram estar cada vez mais falidas e ineficazes.[4]

A urgência por mudanças fez com que as bases da segurança pública no Brasil fossem verdadeiramente contestadas. Com isso, a busca por novas diretrizes inevitavelmente encontrou amparo na Constituição Federal de 1988 e, por consequência, no Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, vários planos e programas na área de segurança pública foram implementados nos últimos anos no Brasil visando à redução efetiva dos índices de violência e criminalidade, sendo possível citar com mais destaque o Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP), apresentado em 2000 e o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI), instituído em 2007.

Seguindo esta linha, entrou em vigor no dia 12 de julho de 2018 a Lei nº 13.675, de 2018, a qual instituiu o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) e criou o Programa Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS). Previsto para nortear os próximos 10 (dez) anos, o programa se fundamenta no trabalho conjunto entre os diferentes órgãos de segurança pública com a sociedade. Outrossim, propõe, além de outros pontos, a valorização profissional e estratégias de enfrentamento, prevenção e controle de atos ilícitos.[5]

Isto posto, torna-se necessário, através de método dedutivo por meio de análise doutrinária e estatística, estabelecer certas ponderações acerca das bases em que o programa se estabelece (estão em consonância com os parâmetros recomendados pelos especialistas e com o Estado Democrático de Direito?), bem como estabelecer comparações entre o PNSPDS com os outros programas anteriormente

---

[4] MAIA NETO, Cândido Frutado; MAIA, André Luis de Lima. Crise na repressão penal estatal e os direitos humanos: prioridades legais, garantias processuais-constitucionais e ética acusatória, uma perspectiva de justiça restaurativa versus vingança pública. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 65-105, ago. 2017.

[5] BRASIL. Senado Federal. **Segurança pública integrada**. 8 mai. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/05/08/seguranca-publica-integrada>. Acesso em: 20 mai. 2018.

estabelecidos, traçando suas semelhanças, diferenças e de que maneira efetivamente inova no que concerne a melhoria da segurança pública.

Realidade da segurança pública no Brasil: uma análise necessária

O conceito de segurança pública, juntamente com suas diretrizes, foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

No modelo de Estado anterior, sob a vigência da Constituição de 1967, a gestão cotidiana da segurança estava intimamente ligada com a Defesa Nacional, ocasião em que todos os seus atores estavam ligados à disciplina da Segurança Nacional.[6]

Diante disto, tanto as políticas de segurança quanto o comportamento das polícias dos estados era intimamente ligado as Forças Armadas, as quais possuíam papel central na execução da segurança nacional.[7] Nesse período, as políticas de segurança possuíam o objetivo claro de proteção da ordem política e social.[8]

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, as Forças Armadas e os órgãos responsáveis pela segurança pública foram dissociados, com suas respectivas funções e papeis traçados e definidos.

No que se refere à segurança pública, o artigo 144 a definiu como sendo um dever do Estado, responsabilidade de todos, devendo ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros. Quanto as Forças

---

[6] FREIRE, Moema Dutra. Paradigmas de Segurança no Brasil: da Ditadura aos nossos dias. **Revista Aurora,** São Paulo, v. 3, n. 1, p. 49-58. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/1219/1086>. Acesso em: 20 de ago. de 2018.

[7] VERGAL, Sandro. **Criminologia Tridimensional:** Do Direito à Segurança Pública Eficiente. Curitiba: Juruá, 2015, p. 160.

[8] PAMPLOA, Danielle Anne. O Conceito de Segurança-Cidadã como um Novo Paradigma para Políticas Públicas de Segurança. In: FREITAS, Vladimir Passos de; GARCIA, Fernando Murilo Costa (Coord.). **Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 139.

Armadas, a estas destinou a o dever de defesa da Pátria, de garantia dos poderes constitucionais e, havendo iniciativa, da lei e da ordem.

Neste ponto, cabe ressaltar que a Constituição Federal de 1988 não retirou plenamente a responsabilidade das Forças Armadas no que se refere à efetivação da segurança pública, visto que manteve a proteção da ordem entre os seus papéis.[9]

Todavia, tal previsão indica que esta intervenção apenas ocorra em situações especiais e em caráter temporário, isto é, emergencialmente.[10] Com isso, resta clara a intenção do constituinte em definir entidades diferentes, com funções, finalidades e, consequentemente, preparos distintos.

Entretanto, é clara a influência das Forças Armadas na cultura da policia de uma maneira geral,[11] sobretudo tendo em vista que algumas organizações policiais nasceram a partir das Forças Armadas, como a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro.[12]

Deste modo, o DNA combatente e o discurso desfavorável aos direitos humanos que são característicos dos órgãos responsáveis pela defesa da soberania estatal (e necessário em tais situações, ressalte-se) acabam por ser típicos da atividade policial.[13]

Entretanto, tal situação tem sido alvo de crescentes controvérsias. Tal desconfiança se deve principalmente ao momento sobre o qual se encontra a segurança pública no Brasil. No ano de

---

[9] MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PROENÇA JUNIOR, Domício. Forças Armadas e policiamento. **Revista Brasileira de Segurança Pública.** São Paulo, v. 1, n. 1, p. 48-63, 2007. Disponível em <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/6>. Acesso em: 03 ago. 2018.

[10] BERNARDES, Guilherme Langaro; GHOY, Marco Aurélio de Lima. O Poder de Polícia do Exercito Brasileiro – uma análise. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15., 2006, Manaus, AM. **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

[11] HAGEN, Acácia Maria Maduro. **O Trabalho Policial:** Estudo da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. São Paulo: IBBCRIM, 2006, p. 51.

[12] SOUZA, Robson Sávio Reis. **Quem comanda a segurança pública no Brasil?**: atores, crenças e coalizões que dominam a política nacional de segurança pública. Belo Horizonte: Letramento, 2015, p. 170.

[13] MAIA NETO, Cândido Frutado; MAIA, André Luis de Lima. Crise na repressão penal estatal e os direitos humanos: prioridades legais, garantias processuais-constitucionais e ética acusatória, uma perspectiva de justiça restaurativa versus vingança pública. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 65-105, ago. 2017.

2016, o Brasil bateu o recorde de mortes violentas em comparação a toda sua história, chegando a 61.283 assassinatos, sendo que 453 eram policiais civis e militares, número 23,1% maior do que no ano anterior.[14] Some-se a isto a irrisória taxa de elucidação de crimes, cuja eficiência estima-se que não ultrapasse 8%.[15]

Além disto, excessivos relatos de opressão de direitos, seja por autoritarismo fora dos padrões por parte de agentes, seja, pela ineficácia do próprio Estado na prestação direta de serviços que a ele são cabíveis, colocam em posições antagônicas o efetivo cumprimento da segurança pública e dos direitos fundamentais, ou seja, para que fosse possível atingir um seria necessário abrir mão do outro.

Diante do exposto, observa-se que as ações de segurança pública no Brasil ainda são marcadas por um viés combatente alimentado por um paradigma puramente reativo,[16] o que demonstra uma clara estagnação política que grita por uma evolução imediata.

Segurança Pública e o Estado Democrático de Direito

Conforme oportunamente levantado, a chamada "Constituição Cidadã" inovou consideravelmente no que se refere à segurança pública, em comparação com a Constituição anterior. Forças Armadas e órgãos de segurança pública foram constitucionalmente separados não só como instituições, mas também no que se refere a sua atuação.

Neste aspecto, cabe ressaltar que tal medida não fora aleatoriamente. Ela acompanha as mudanças ocorridas no contexto político-social do país e que se concretizou com a promulgação da

[14] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário de Segurança Pública:** 2016. São Paulo, 2017.

[15] ENASP – Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública. **Relatório Nacional da Execução da Meta 2:** um diagnóstico da investigação de homicídios no país. Brasília. Conselho Nacional do Ministério Público, 2012, p. 22

[16] RAMIDOFF, Mário Luiz. Segurança Pública com Cidadania: uma nova política de controle. In: FREITAS, Vladimir Passos de; GARCIA, Fernando Murilo Costa (Coord.). **Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 156.

atual Constituição e, por consequência, com a instituição do Estado Democrático de Direito.

Atribuindo especial enfoque nos cidadãos,[17] a Lei Maior preocupou-se em reservar boa parte do seu texto à positivação de direitos e garantias fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana. Nesta esteira, os debates acerca das ações policiais frente aos direitos fundamentais se intensificaram.

A educação em direitos humanos tem angariado espaço em meio às academias de polícia. Conforme enfatiza Rodrigo Garcia Vilardi, Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo, os direitos humanos constituem um dos pilares doutrinários da corporação, e cita que tal posicionamento é compartilhado pelos ex-alunos do Sistema da Polícia Militar do Estado de São Paulo (GESPOL), os quais entendem que o profissional de segurança pública tem o dever de preservar a ordem pública, mas preservando os direitos humanos de todos os cidadãos.[18]

Por outro lado, muito se contesta acerca da limitação à atuação dos agentes responsáveis pela segurança, visto que pela própria natureza do seu trabalho exigiria a eventual restrição de direitos individuais em prol do interesse coletivo.

Pois bem. Conforme ressalta Rogério Greco, a dignidade da pessoa humana, a exemplo de todo e qualquer direito fundamental, não possui caráter absoluto, podendo e devendo ser "avaliada e ponderada em cada caso concreto", todavia ressalta a exigência de se observar o "núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser abalado."[19]

---

[17] PINHEIRO, Gleydson Gleber de Lima. Análise do princípio da proteção deficiente no direito fundamental à segurança pública à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: SOUSA, José Péricles Pereira de (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais:** estudos em homenagem a Jorge Reis Novais. Belo Horizonte: Arrais Editores, 2015, p. 144.

[18] VILARDI, Rodrigo Garcia. A doutrina institucional e a expansão do conhecimento científico no campo da segurança pública: desafios e perspectivas. **A força policial**: órgão de informação e doutrina da instituição policial militar, São Paulo, n. 1, p. 25-41, 2016.

[19] GRECO, Rogério. **Atividade Policial**: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 8ª edição. Niterói: Impetus, 2017, p. 16.

Do mesmo posicionamento compartilha Sandro Vergal, que argumenta que a "cortesia não compromete a valentia. O acatamento das normas instituidoras de Direitos Fundamentais do homem é imperativo ético e legal ao Poder Público".[20]

Deste modo, denota-se que a grande preocupação da atuação dos agentes não deve ser, precipuamente, o zelo com relação aos direitos fundamentais que resguardam os indivíduos, mas sim o seu preparo para com as diferentes situações. Ao policial é conferida a qualidade de gestor das diferentes situações, isto é, a ele é esperado uma análise e gerenciamento das diferentes situações a fim de que possa "assegurar uma solução aceitável".[21]

Diante do exposto, tem-se claro que a segurança pública não pode ter sua filosofia dissociada dos princípios do Estado Democrático de Direito. Tal ponderação não implica em uma proteção absoluta dos direitos fundamentais frente à aplicação da segurança pública. Estes podem (e devem) ser relativizados quando necessário para a proteção do interesse público. Todavia, tal medida deve ser residual e apenas deve ser tomada após uma avaliação criteriosa e fundamentada do agente responsável pela segurança pública no caso concreto.

Direito Fundamental à segurança: prevenir para não reprimir

A segurança é um dos pilares essenciais para a efetivação do direito a dignidade da pessoa humana.[22] Não há como imaginar um equilíbrio dentro de um país sem uma segurança pública verdadeiramente eficiente.

---

[20] VERGAL, Sandro. **Criminologia Tridimensional:** Do Direito à Segurança Pública Eficiente. Curitiba: Juruá, 2015, p. 180.

[21] GRECO, Rogério. **Atividade Policial**: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 8ª edição. Niterói: Impetus, 2017, p. 156.

[22] PINHEIRO, Gleydson Gleber de Lima. Análise do princípio da proteção deficiente no direito fundamental à segurança pública à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: SOUSA, José Péricles Pereira de (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais:** estudos em homenagem a Jorge Reis Novais. Belo Horizonte: Arrais Editores, 2015, p. 121.

Assim, o constituinte buscou garantir o pleno acesso a este direito por parte dos cidadãos prevendo a segurança nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal de 1988, isto é, anexando-a no rol dos direitos individuais e coletivos e dos direitos sociais. Com isto, elevou-a ao status de direito fundamental.

A partir disto, o direito à segurança obteve um status que o coloca além da mera condição de cláusula pétrea, mas a ele garante a condição de política positiva,[23] ou seja, sua efetivação se torna um dever Estatal independentemente de qualquer abalo ao seu cerne, qual seja a ordem pública.

Tal colocação vem a romper com as antigas concepções e bases que atualmente são adotadas para direcionar os rumos da segurança pública no Brasil. Esta ainda é comumente vista como uma política eminentemente criminal, de modo que sua atividade apenas é demandada frente a ocorrências, isto é, uma postura meramente reativa, sendo, pois, uma atividade negativa.[24]

Porém, como visto, tal concepção tem se enfraquecido ante a nova ordem constitucional. Aliada à uma situação deplorável na qual se encontra a segurança pública brasileira atualmente, a postura inerte, unicamente reativa, tende a se tornar residual.

Nesta linha, através da nova ótica da segurança pública, torna-se primordial a análise do contexto sobre o qual a conduta delituosa ocorre, ou seja, é indispensável um estudo da segurança pública não só do ponto de vista criminal, mas também social.[25]

---

[23] DAL BOSCO, Maria Goretti. Garantia de Direitos Fundamentais Sociais diante do Princípio da Eficiência nas Políticas Públicas. In: CONGRESSO TRANSDISCIPLINAR DE DIREITO E CIDADANIA DE MS, 1., 2007, Dourados, MS. **Anais do I Congresso Transdisciplinar de Direito e Cidadania de Mato Grosso do Sul.** Dourados: UEMS, 2008, p. 297.

[24] RAMIDOFF, Mário Luiz. Segurança Pública com Cidadania: uma nova política de controle. In: FREITAS, Vladimir Passos de; GARCIA, Fernando Murilo Costa (Coord.). **Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 163.

[25] ALVES, Roque de Brito. Política Criminal Contemporânea. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; Gómez, Afonso Serrano; MADLENER, Silma Marlice (Coord.). **Estudos de Direito Penal, Processual e Criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener**. Brasília: Conselho Federal de Justiça, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 417.

Tal orientação objetiva a redução da criminalidade por meio de políticas preventivas. Para isto, a segurança pública abandonaria sua "roupagem" puramente repressiva, para se aproximar mais da população, garantindo direitos essenciais e oferecendo condições plenas de cidadania. Avança-se a uma perspectiva pluridisciplinar da segurança pública [26], analisando todos os aspectos que norteiam uma conduta delituosa.

Por meio disto, torna-se possível perceber as circunstâncias e contextos sobre os quais o ato criminoso ocorre. Análise que é compactuada pelo Supremo Tribunal Federal.[27]

Neste momento, cumpre ressaltar que não se objetiva a plena e total desconstrução do trabalho realizado pelas polícias. O que se pretende é a desconstrução do mito de que apenas com um trabalho repressivo e intimidatório, que resume o trabalho da polícia ao uso da força e os problemas da segurança pública à sua mera falta de armamento ou efetivo, o qual há tempos é repetido, mas que não gera resultados efetivamente positivos.

Também não se pretende compactuar com a ilusão de que é possível viver em uma sociedade fraternal imersa em paz absoluta,[28] na qual há total ausência de criminalidade.

Busca-se uma análise racional da segurança pública, amparando o seu planejamento às mudanças que ocorrem na

[26] ALMEIDA, Roger Luiz Paz de. Polícia Comunitária e o acesso ao Direito Constitucional à Segurança Pública. In: FREITAS, Vladimir Passos de; TEIXEIRA, Samantha Ribas (Coord.). **Segurança Pública**: Das Intenções à Realidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 108.

[27] "O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo." Cf. RE 559646 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, DJe-120 DIVULG 22-06-2011 PUBLIC 24-06-2011 EMENT VOL-02550-01 PP-00144.

[28] OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Políticas Públicas de Segurança e Políticas de Segurança Pública: da teoria à prática. In: SPOSATO, Karyna; PASCHOAL, Janaina; WALDMANN, Erika Alessandra (Ed.). **Das Políticas de Segurança Pública às Políticas Públicas de Segurança.** São Paulo: INLANUD, 2002, p. 47.

sociedade, colocando-a numa discussão acima de ideologias radicais que assolam suas políticas.

O sistema de justiça criminal como um todo demonstra a cada dia que, por si só, não é suficiente para garantir melhores resultados em torno da segurança pública.[29] Seus problemas e origens extrapolam uma análise simplista e superficial, sendo, pois, necessária uma visão macro com a participação de diferentes setores.

Conforme pontuam Roberson Luiz Bondaruk e César Alberto Souza:

> [...] faz parte da cultura do povo brasileiro pedir o apoio da polícia para todo e qualquer tipo de problema, sem antes tentar resolvê-lo de outra forma, o que produz uma sobrecarga de trabalho ao serviço policial.[30]

Diante disto, é de extrema importância a implementação de políticas públicas de segurança que possuam como diretriz não o fim absoluto da criminalidade, mas sim "[...] situá-la num limite que não ameace a harmonia social e a ordem pré-estabelecida", possibilitando, assim, "[...] desenvolver formas menos traumáticas de lidar com a população, sem o que, se pretendendo combater a violência a polícia acaba por aumenta-la".[31]

A atual conjuntura da criminalidade no Brasil demonstra ser ilusório crer que o mero fortalecimento da justiça criminal como um todo é a resposta para se alcançar uma ordem pública minimamente aceitável.

O mesmo se aplica ao imaginário de que a se é possível erradicar a violência apenas por meio de ações efetivas. A grande chave está em equacionar de maneira racional e complementar políticas públicas de segurança com políticas de segurança pública.

---

[29] Ibidem, p. 45.

[30] BONDARUK, Roberson Luiz; SOUZA, Cézar Alberto. **Polícia Comunitária:** Polícia Cidadã para um povo cidadão. Curitiba: Comunicare, 2014, p. 46.

[31] BONDARUK, Roberson Luiz; SOUZA, Cézar Alberto. **Polícia Comunitária:** Polícia Cidadã para um povo cidadão. Curitiba: Comunicare, 2014, p. 14.

Conforme ensina Ana Sofia Schmidt de Oliveira "[...] políticas públicas de segurança é a expressão que engloba as diversas ações, sejam elas governamentais e não governamentais, que sofrem ou causam impacto no problema da criminalidade e da violência", enquanto políticas públicas de segurança constituem as "atividades tipicamente policiais, é a atuação policial 'stricto sensu'".[32]

Tal ponto é reforçado por Sandro Vergal, que afirma que "[...] a garantia fundamental a segurança pública conforma-se em duas dimensões distintas, a primeira negativa e a segunda positiva".[33]

No município do Rio de Janeiro experimentamos uma lição prática e dura acerca dessa ponderação. Em dezembro de 2008 a cidade foi pioneira na implantação de Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs), cuja proposta inicial centrava-se na aproximação da entre polícia e comunidade, sendo inclusive chamada de "policiamento de proximidade".[34] Sua estratégia inicial embasava-se na intervenção tática, como primeira etapa, visando à ocupação do território pela polícia, seguido de estabilização e monitoramento da ocupação.[35] Tal procedimento possibilitaria o fomento a atividades econômicas no local e a efetivação de serviços públicos básicos.

Em um primeiro momento, houve um registro de significativa queda na criminalidade, havendo inclusive a estimativa de uma queda de 80% do número de homicídios entre os anos de 2008 e 2012.[36]

---

[32] OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Políticas Públicas de Segurança e Políticas de Segurança Pública: da teoria à prática. In: SPOSATO, Karyna; PASCHOAL, Janaina; WALDMANN, Erika Alessandra (Ed.). **Das Políticas de Segurança Pública às Políticas Públicas de Segurança.** São Paulo: INLANUD, 2002, p. 47.

[33] VERGAL, Sandro. **Criminologia Tridimensional:** Do Direito à Segurança Pública Eficiente. Curitiba: Juruá, 2015, p. 181.

[34] NATAL, Mariane. Políticas Públicas de Segurança para o Combate a violência e a Criminalidade no Estado Democrático de Direito: as Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs). In: FREITAS, Vladimir Passos de; GARCIA, Fernando Murilo Costa (Coord.). **Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 183.

[35] NATAL, Mariane. Políticas Públicas de Segurança para o Combate a violência e a Criminalidade no Estado Democrático de Direito: as Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs). In: FREITAS, Vladimir Passos de; GARCIA, Fernando Murilo Costa (Coord.). **Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 195.

[36] Ibidem, p. 198.

Todavia, na prática, o projeto das UPPs resumiu-se a mera ocupação territorial pela polícia, deixando a desejar no que se refere à implementação de serviços necessários para a efetivação da cidadania.[37] A ausência de programas sociais que efetivassem a proposta inicial do programa é apontada como sendo decisiva para a sua falta de sustentação.[38]

Com isso, poucos anos depois a situação da segurança pública em dos principais estados do país voltou à beira do caos, o que justificou uma intervenção federal no Rio de Janeiro no início do ano de 2018, a primeira desde a redemocratização. Uma medida emergencial e extrema para uma situação totalmente fora do controle do Estado.

Isto posto, observa-se a necessidade de se desmistificar o chamado "efeito gangorra". Medidas de contenção são indispensáveis e devem ser utilizadas, todavia, não são suficientes, por si só, para atingir a raiz do problema alcançar o controle da criminalidade, e não permitir que esta controle a sociedade.

Neste sentido, vislumbra-se que apenas um planejamento verdadeiramente profissional e técnico, organizado por etapas, cujos objetivos estejam plenamente claros e estabelecidos, é possível reverter essa situação.

Evolução política da segurança pública: avançamos ao longo dos anos?

Em meio ao grave caos sob o qual está imersa a segurança pública no Brasil, é crescente a pressão da sociedade por respostas por parte do poder público. Com isso, alguns planos e programas na área de segurança pública foram criados nos últimos anos.

---

[37] RAMIDOFF, Mário Luiz. Segurança Pública com Cidadania: uma nova política de controle. In: FREITAS, Vladimir Passos de; GARCIA, Fernando Murilo Costa (Coord.). **Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 167.

[38] RODRIGUES, André; SIQUEIRA, Raíza; LISSOVSKY, Maurício (Org.). Unidades de Polícia Pacificadora: debates e reflexões. **Comunicações do ISER**. Rio de Janeiro, v. 31, n. 67, p. 134-171, 2012.

Neste sentido, muito embora seja possível extrair semelhanças em seu conteúdo, o que demonstra uma tendência a ser desenvolvida, são notáveis as limitações e problemas em suas execuções.

Em meio ao exposto, pode-se citar o Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP). Criado no ano de 2000, o objetivo era estabelecer uma reforma estrutural da segurança pública com a interação entre políticas sociais e criminais,[39] o PNSP apresentou 124 medidas para a sua melhoria, sendo que poucas foram concretizadas.[40]

Contudo, o Plano foi criticado por sua baixa capacidade de implementação, sendo apontado muito mais como um documento político do que estratégico, visto que teria sido criado como resposta ao caso conhecido como assalto ao ônibus 174, que tomou conta dos noticiários à época.[41]

Todavia, embora tímido, o PNSP pôde ser considerado um avanço, visto que pela primeira vez a segurança pública fora colocada no centro da agenda nacional, sendo reconhecida como um "requisito democrático de acesso à justiça e garantia de direitos".[42]

Durante o ano de 2007, entrou em vigor o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI)[43]. Seguindo a linha a qual fora estabelecida anteriormente, o PRONASCI não só pregou o respeito aos direitos humanos, mas o utilizou como

---

[39] NATAL, Mariane. Políticas Públicas de Segurança para o Combate a violência e a Criminalidade no Estado Democrático de Direito: as Unidades de Polícia Passificadora (UPPs). In: FREITAS, Vladimir Passos de; GARCIA, Fernando Murilo Costa (Coord.). **Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 189.

[40] CARVALHO, Viobaldo Adelídio; SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. **Revista Katálysis,** Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 59-67, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rk/v14n1/v14n1a07.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

[41] BALLESTEROS, Paula Rodriguez. Gestão de políticas de segurança pública no Brasil: problemas, impasses e desafios. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. São Paulo, v. 8, n. 1, p. 6-22, 2014. Disponível em: <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/viewFile/353/173>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

[42] SOUZA, Robson Sávio Reis. **Quem comanda a segurança pública no Brasil?**: atores, crenças e coalizões que dominam a política nacional de segurança pública. Belo Horizonte: Letramento, 2015, p. 177.

[43] BRASIL. **Lei nº 11.530**, de 24 de outubro de 2007. Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm>. Acesso em: 15 de ago. de 2018.

engrenagem para a melhoria da efetividade da segurança.[44] A ideia central do Programa centrava-se na integração e articulação de ações policiais com políticas sociais,[45] podendo ser considerado um marco importante na tentativa de uma convergência conceitual para a chamada segurança-cidadã.[46]

Dentro deste contexto, pode-se citar algumas medidas positivas que foram tomadas, como a implementação das UPPs no Rio de Janeiro e a realização da 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública (Conseg), que possibilitou a efetiva participação da sociedade civil na elaboração de princípios e diretrizes para a segurança pública,[47] até que sofreu significativo corte de em seu suporte financeiro no ano de 2011.[48]

Entretanto, o PRONASCI acaba por simbolizar muito mais um marco teórico na gestão e aperfeiçoamento da segurança pública do que efetivamente a base para uma política realmente efetiva.

Sem dúvida alguma o PRONASCI representou uma conquista, um oásis de lucidez no deserto do planejamento do segurança pública no país. Contudo, é nítida a carência de efetivação das várias metas esperadas em suas repetidas propostas legislativas.[49]

---

[44] NATAL, Mariane. Políticas Públicas de Segurança para o Combate a violência e a Criminalidade no Estado Democrático de Direito: as Unidades de Polícia Passificadora (UPPs). In: FREITAS, Vladimir Passos de; GARCIA, Fernando Murilo Costa (Coord.). **Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 190.

[45] CARVALHO, Viobaldo Adelídio; SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. **Revista Katálysis,** Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 59-67, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rk/v14n1/v14n1a07.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

[46] "Uma intervenção baseada no conceito de Segurança Cidadã tem necessariamente de envolver as várias instituições públicas e sociedade civil, na implementação de ações planejadas a partir dos problemas identificados como prioritários para a diminuição dos índices de violência e delinquência em um território, englobando iniciativas em diversas áreas, tais como educação, saúde, lazer, esporte, cultura, cidadania, dentre outras". Cf. FREIRE, Moema Dutra. Paradigmas de Segurança no Brasil: da Ditadura aos nossos dias. **Revista Aurora,** São Paulo, v. 3, n. 1, p. 49-58. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/1219/1086>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

[47] CARVALHO, Viobaldo Adelídio; SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. Op. cit., p. 65.

[48] NATAL, Mariane. Op. cit., p. 192.

[49] BALLESTEROS, Paula Rodriguez. Gestão de políticas de segurança pública no Brasil: problemas, impasses e desafios. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. São Paulo, v. 8, n. 1, p. 6-22, 2014.

O Programa previu listas de projetos sem a menor correlação entre si, o que dificultou a implementação de uma serie de políticas progressivas. Além disto, citou um excessivo número de Ministérios envolvidos no seu desenvolvimento. Muito embora seja louvável a intenção de abranger diversos setores comandados por diferentes especialistas, sintonizar agendas e prioridades, além de garantir um efetivo consenso é um passo crítico para a concretização de ideias. Assim, o PRONASCI nasceu fadado à esterilidade.[50]

Programa Nacional de Segurança Pública e Defesa Social: um novo nome, um novo passo?

Recentemente, no mês de junho de 2018, foi publica a Lei nº 13.675/2018[51] que instituiu o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) e criou o Programa Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS).

Aprovado em um momento turbulento no âmbito da segurança pública no país, o PNSPDS veio para ser a grande base da segurança pública para os próximos anos. Todavia, é inevitável questionar: o que o novo Programa oferece de modo a superar os obstáculos que foram encontrados pelos demais?

Traçando uma análise do conteúdo de seus artigos, verifica-se que importantes avanços propostos pelo PRONASCI foram

Disponível em: <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/viewFile/353/173>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

[50] SOARES, Luiz Eduardo. A Política Nacional de Segurança Pública: histórico, dilemas e perspectivas. **Estudos Avançados - Dossiê crime organizado**. São Paulo, v. 21, n. 61, p. 77-97, 2007. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10268/11902>. Acesso em: 27 de set. de 2018.

[51] BRASIL. **Lei nº 13.675**, de 11 de junho de 2018. Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, a Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007; e revoga dispositivos da Lei nº 12.681, de 4 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13675.htm>. Acesso em: 16 de ago. de 2018.

mantidos, como o respeito aos princípios fundamentais e o fomento a participação social.

No que se refere aos seus princípios, a palavra "eficiência" ganha destaque em três dos dezesseis incisos estabelecidos no artigo 4º: eficiência na prevenção e no controle das infrações penais, eficiência na repressão e na apuração das infrações penais e eficiência na prevenção e na redução de riscos.

Dentre as diretrizes previstas no artigo 5º, a integração entre os diferentes órgãos de segurança pública recebe especial atenção. Para isso, aponta-se a coordenação, a cooperação, a colaboração e, principalmente, a padronização da estrutura.

Contudo, o Programa apresenta repete a principal falha estrutural dos demais planejamentos: de que maneira serão concretizadas as suas previsões? Carente de metas e precisão de suas políticas, o PNSPDS se mantém extremamente abstrato.

A mera positivação de um direito não é garantia de sua efetuação.[52] Muito embora os demais Programas em segurança pública possam ser elogiados por representarem marcos sociais importantes, 30 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e um nítido amadurecimento doutrinário espera-se mais do que a mera previsão normativa.

Ademais, o ano de 2018, em especial, resguarda um agravante. Trata-se de um ano de eleições nacionais. Neste contexto, observa-se que a diretriz normativa do planejamento acerca de um dos mais relevantes temas sociais foi sancionada por um presidente que não seguirá a frente do país. Quais as garantias de que os próximos governantes compactuarão com tais bases estabelecidas e formularão medidas?

Conforme alerta Luiz Eduardo Soares, assumir o protagonismo acerca da reforma institucional da segurança pública

[52] LEITE, Fábio Augusto de Castro Cavalcanti Montanha; XAVIER, Marcius de Alencar. Direitos Previstos e Direitos Garantidos: o Mito do Estado Democrático de Direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15, 2006, Manaus, AM. **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 9.

implica em assumir uma grande responsabilidade frente à opinião pública. Significa expor-se a riscos políticos decorrentes de cada problema que venha a se desenhar nesta área.[53]

Ante ao exposto, é prudente guardar certas ressalvas quanto ao PNSPDS. É certo que resultados oriundos de políticas de segurança pública não podem ser cobrados em um curto prazo de tempo. Todavia, para que em algum momento seja possível observa-los, é imprescindível a efetuação de políticas o quanto antes.

Considerações Finais:

A sociedade evolui, a ciência evolui, o Direito evolui, mas a segurança pública no Brasil tende a permanecer estagnada e sustentada sob pilares que desmoronam a cada dia.

A Constituição Federal de 1988 elevou a segurança ao patamar de Direito Fundamental, o que faz com que o seu mero abalo represente a falha do estado na sua prestação. Deste modo, ela deve ser constantemente trabalhada ao fim de que esteja realmente presente no dia-a-dia da sociedade, não podendo, pois, seus trabalhos se resumirem a reação de delitos.

Neste aspecto, conforme anteriormente dito, não se espera que por meio de políticas públicas de segurança atinja-se uma paz social absoluta. Todavia, também não se espera que a suposta onipotência do poder público, por meio da justiça criminal como um todo, seja suficiente para esclarecer a descontrolada onda de crimes que assolam o país em todos os setores.

Ou seja, é necessário que se busque alternativas a nossa maneira de combate ao crime. Não se trata de reduzir a autoridade da polícia, tampouco simplesmente relativizar os direitos fundamentais de maneira genérica, mas na aplicação de planejamentos embasados em estudos práticos que busquem a

[53] SOARES, Luiz Eduardo. A Política Nacional de Segurança Pública: histórico, dilemas e perspectivas. **Estudos Avançados - Dossiê crime organizado**. São Paulo, v. 21, n. 61, p. 77-97, 2007. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10268/11902>. Acesso em: 27 de set. de 2018.

integração dos mais diversos setores de modo se buscar um domínio sobre a criminalidade, e não o fomento a disputas ideológicas que apenas atrasam o desenvolvimento da segurança pública.

Com isso, é essencial que haja um norte, um modelo ideal de atuação à qual se pretende executar. A partir disso, é possível ter um planejamento preciso, bem fundamentado, e, por consequência, mas próximo a uma verdadeira eficácia prática.

Neste aspecto, nota-se relativa evolução no plano teórico, em especial com a criação do PRONASCI, todavia, as perspectivas de melhoria da segurança pública ainda permanecem distantes da prática.

Diante disso, com o advento do Programa Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), o principal desafio é a consolidação e fixação de suas bases. A partir disso, edificação de ações positivas a partir daquilo que se entende como ideal, primando por uma padronização em sua atuação.

Tendo isto em vista, é possível enraizar e robustecer uma política nacional de segurança pública no Brasil, e com isso se atingir resultados realmente efetivos.

Referências:

BALLESTEROS, Paula Rodriguez. Gestão de políticas de segurança pública no Brasil: problemas, impasses e desafios. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. São Paulo, v. 8, n. 1, p. 6-22, 2014. Disponível em: <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/viewFile/353/173>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

BONDARUK, Roberson Luiz; SOUZA, Cézar Alberto. **Polícia Comunitária:** Polícia Cidadã para um povo cidadão. Curitiba: Comunicare, 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.530**, de 24 de outubro de 2007. Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm>. Acesso em: 15 de ago. de 2018.

_____. **Lei nº 13.675**, de 11 de junho de 2018. Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, a Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007; e revoga dispositivos da Lei nº 12.681, de 4 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13675.htm>. Acesso em: 16 de ago. de 2018.

CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15., 2006, Manaus, AM. **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

CONGRESSO TRANSDISCIPLINAR DE DIREITO E CIDADANIA DE MS, 1., 2007, Dourados, MS. **Anais do I Congresso Transdisciplinar de Direito e Cidadania de Mato Grosso do Sul.** Dourados: UEMS, 2008.

CARVALHO, Viobaldo Adelídio; SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. **Revista Katálysis,** Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 59-67, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rk/v14n1/v14n1a07.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

CARBONARI, Flávia; WOLF, Gregor; HOFFMAN, Joan Serra; CAPRIROLO, Dino. Uma perspectiva multilateral para a prevenção da violência na América Latina. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. São Paulo, v. 10, n. 2, p. 58-70, 2016. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/uma-perspectiva-multilateral-para-a-prevencao-da-violencia-na-america-latina/>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

ENASP – Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública. **Relatório Nacional da Execução da Meta 2:** um diagnóstico da investigação de homicídios no país. Brasília. Conselho Nacional do Ministério Público, 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário de Segurança Pública:** 2016. São Paulo, 2017.

FREIRE, Moema Dutra. Paradigmas de Segurança no Brasil: da Ditadura aos nossos dias. **Revista Aurora,** São Paulo, v. 3, n. 1, p. 49-58. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/1219/1086>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

FREITAS, Vladimir Passos de; GARCIA, Fernando Murilo Costa (Coord.). **Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____; TEIXEIRA, Samantha Ribas (Coord.). **Segurança Pública**: Das Intenções à Realidade. Curitiba: Juruá, 2014.

GRECO, Rogério. **Atividade Policial**: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 8ª edição. Niterói: Impetus, 2017.

HAGEN, Acácia Maria Maduro. **O Trabalho Policial:** Estudo da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. São Paulo: IBBCRIM, 2006.

MACIEL, Adhemar Ferreira; Gómez, Afonso Serrano; MADLENER, Silma Marlice (Coord.). **Estudos de Direito Penal, Processual e Criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener**. Brasília: Conselho Federal de Justiça, Centro de Estudos Judiciários, 2014.

MAIA NETO, Cândido Frutado; MAIA, André Luis de Lima. Crise na repressão penal estatal e os direitos humanos: prioridades legais, garantias processuais-constitucionais e ética acusatória, uma perspectiva de justiça restaurativa versus vingança pública. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 65-105, ago. 2017.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PROENÇA JUNIOR, Domício. Forças Armadas e policiamento. **Revista Brasileira de Segurança Pública.** São Paulo, v. 1, n. 1, p. 48-63, 2007. Disponível em <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/6>. Acesso em: 03 ago. 2018.

RISSO, Melina Ingrid. Prevenção da violência: construção de um novo sentido para a participação dos municípios na segurança pública. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. São Paulo, v. 10, n. 2, p. 12-23, 2016. Disponível em: < http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/viewFile/691/233>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

RODRIGUES, André; SIQUEIRA, Raíza; LISSOVSKY, Maurício (Org.). Unidades de Polícia Pacificadora: debates e reflexões. **Comunicações do ISER**. Rio de Janeiro, v. 31, n. 67, p. 134-171, 2012.

SANTOS, José Cirino do. **30 anos de Vigiar e Punir (FOUCAULT).** Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/03/30anos_vigiar_punir.pdf>. Acesso em: 15 de ago. de 2018.

SOARES, Luiz Eduardo. A Política Nacional de Segurança Pública: histórico, dilemas e perspectivas. **Estudos Avançados - Dossiê crime organizado**. São Paulo, v. 21, n. 61, p. 77-97, 2007. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10268/11902>. Acesso em: 27 de set. de 2018.

SOUSA, José Péricles Pereira de (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais:** estudos em homenagem a Jorge Reis Novais. Belo Horizonte: Arrais Editores, 2015.

SOUZA, Robson Sávio Reis. **Quem comanda a segurança pública no Brasil?**: atores, crenças e coalizões que dominam a política nacional de segurança pública. Belo Horizonte: Letramento, 2015.

SPOSATO, Karyna; PASCHOAL, Janaina; WALDMANN, Erika Alessandra (Ed.). **Das Políticas de Segurança Pública às Políticas Públicas de Segurança.** São Paulo: INLANUD, 2002.

VARGAS, Daniel. A revolução federativa na segurança pública. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 26, n. 308, p. 4-6, 2018.

VERGAL, Sandro. **Criminologia Tridimensional:** Do Direito à Segurança Pública Eficiente. Curitiba: Juruá, 2015.

VILARDI, Rodrigo Garcia. A doutrina institucional e a expansão do conhecimento científico no campo da segurança pública: desafios e perspectivas. **A força policial**: órgão de informação e doutrina da instituição policial militar, São Paulo, n. 1, p. 25-41, 2016.

ZACKSESKI, Cristina Maria; GOMES, Patrick Mariano. O que é ordem pública no sistema de justiça criminal brasileiro? **Revista Brasileira de Segurança Pública**. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 108-125, 2016. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/o-que-e-ordem-publica-no-sistema-de-justica-criminal-brasileiro/>. Acesso em: 28 de abril de 2018.