David de Medeiros Leite
Patrícia Moreira de Menezes
Rogério Emiliano Guedes Alcoforado
(Organizadores)

DIREITO PÚBLICO E GOVERNANÇA

REFLEXÕES PRÁTICAS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

EDIÇÕES UERN

David de Medeiros Leite
Patrícia Moreira de Menezes
Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

(Organizadores)

DIREITO PÚBLICO E GOVERNANÇA

REFLEXÕES PRÁTICAS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

EDIÇÕES UERN

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Reitor

Pedro Fernandes Ribeiro Neto

Vice-Reitor

Fátima Raquel Rosado Morais

Diretor de Sistema Integrado de Bibliotecas

Jocelânia Marinho Maia de Oliveira

Chefe da Editora Universitária – EDUERN

Anairam de Medeiros e Silva

Conselho Editorial das Edições UERN

Emanoel Márcio Nunes

Isabela Pinheiro Cavalcante Lima

Diego Nathan do Nascimento Souza

Jean Henrique Costa

José Cezinaldo Rocha Bessa

José Elesbão de Almeida

Ellany Gurgel Cosme do Nascimento

Ivanaldo Oliveira dos Santos Filho

Wellignton Vieira Mendes

Projeto Gráfico:

Augusto Paiva

Ficha Técnica

Organizadores:
David de Medeiros Leite
Patrícia Moreira de Menezes
Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

Projeto gráfico e capa
Augusto Paiva

Catalogação da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Direito público e governança: reflexões práticas sobre políticas públicas/
David de Medeiros Leite, Patrícia Moreira de Menezes, Rogério Emiliano Guedes Alcoforado (Orgs.) – Mossoró – RN: EDUERN, 2017.

378 p.

ISBN: 978-85-7621-192-1

1. Direito público. 2. Governança. 3. Políticas públicas. I. Leite, David de Medeiros. II. Menezes, Patrícia Moreira de. III. Alcoforado, Rogério Emiliano. IV. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. V. Título.

UERN/BC CDD 340

Printed in Brazil, 2017

Todos os direitos reservados.

SOBRE OS ORGANIZADORES

David de Medeiros Leite

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1999), graduação em Administração de Empresas pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (1991), mestrado em Democracia y Buen Gobierno pela Universidade de Salamanca (2008) e doutorado em Direito Administrativo - Universidad de Salamanca (2011). Atualmente é vice-diretor do campus de Natal da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte e professor adjunto da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Público; Participação; Cidadania, Municípios, Direito Municipal, Participação Popular e Administração Local.

Patrícia Moreira de Menezes

Professora adjunta da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Coordenadora do Curso de Direito (UERN/NATAL - 2016-2018; 2014-2016;2009-2012). Coordenadora da especialização em Direito Público em convênio UERN-Escola de Governo (2016-2017). Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social (ARG); mestra em Ciências Sociais (UFRN); especialista em Direito Processual Civil (UFRN); graduada em Direito (UFRN). Atuação no ensino e orientação de trabalhos em especializações

em Direito Administrativo, Direito Público e Direito do Trabalho. Pesquisadora dos grupos de pesquisa: Cidadania, participação popular e políticas públicas e Grupo de Estudos da Criança e do Adolescente.

Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Especialista em Direito Constitucional pela mesma instituição; Mestre em Filosofia, na área de Metafísica e Ética (UFRN); Doutor em Filosofia (UFPB/UFPE/UFRN). Atualmente é Professor Adjunto IV do Curso de Direito do Campus Avançado de Natal da UERN - Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, onde desenvolve trabalhos de Ensino, Pesquisa e Extensão, com ênfase nos Projetos "Combatendo o bullying nas Escolas: pelo direito à Dignidade" e "Democracia, Ética e Justiça sob a ótica da corrupção dos valores do Estado Democrático de Direito". É Membro e Pesquisador dos Grupos: "Cidadania, Participação Popular e Políticas Públicas" da UERN e "Ética e Filosofia Política" da UFRN. Professor (convidado) dos cursos de Formação de Agente Penitenciário da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte e dos Cursos de Pós-Graduação em Assistência Sócio-Jurídica e Segurança Pública da FACEX, Formação Docente para o Ensino Superior (FACEX), Direito Público (Escola do Governo) em parceria com a UERN e em Direito e Processo do Trabalho da

ESMAT (Escola Superior da Magistratura do Trabalho) em parceria com a UERN. Coordena o Núcleo Docente Estruturante – NDE – do Curso de Direito (UERN Natal/RN) e o Curso de Especialização em Direito Previdenciário da mesma IES. É ainda o Coordenador da Proposta de Mestrado Profissional em Direito Público – APCN2017. Autor de livros e artigos científicos.

SOBRE OS AUTORES

André Gustavo de Moraes Vespaziano Borges

Possui graduação em DIREITO pela Universidade Potiguar (2002), graduação em Curso de Formação de Oficiais - CFO pela Academia da Polícia Militar do Paudalho (1987), especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar (2000), especialização em Segurança Pública e Cidadania pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (1999), especialização em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pernambuco (2005) e especialização em Gestão de Pessoas pelo Centro Universitário Toledo (2011). Atualmente é TENENTE CORONEL da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte. Tem experiência na área de Direito.

Evandro Alexandre Raquel

Inspetor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte.

Flávia Sousa Dantas Pinto

É mestre (2002) e doutora (2010) em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é membro do Conselho Editorial da Revista Direito e Liberdade da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN, professora assistente do Curso de Especialização em Direito Tributário do IBET e 4ª juíza de

Direito Auxiliar da Comarca de Natal/RN de 3ª entrância, em exercício no Juizado Especial Cível da Zona Sul.

Inessa da Mota Linhares Vasconcelos

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (2004). Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2012). Professora Adjunto IV da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), lecionando Direito Tributário e Direito Constitucional na Graduação da Faculdade de Direito. Atualmente, também exerce a função de Pró-Reitora de Ensino de Graduação da UERN. Foi Pró-Reitora Adjunta de Ensino de Graduação (2011-2013) e Chefe do Departamento de Legislação e Normas de Ensino da PROEG/UERN (2009-2011). Leciona nos programas de Pós-Graduação da UERN e UnP. É Auditora Fiscal da Prefeitura Municipal de Mossoró. Foi Consultora Tributária da Prefeitura Municipal de Areia Branca. Exerceu a função de Conselheira Titular do Tribunal Administrativo de Tributos Municipais. Foi Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Mater Christi (jan/04 a dez/05). Tem atuação nas seguintes áreas: Direito Tributário, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Jadson Evaristo da Silva Fabrício

Graduando em direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Estagiário no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJ/RN).

João Batista da Silva

Possui graduação em Curso de Formação de Oficiais - Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte (1999), graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2005), mestrado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2009) e doutorado em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017). Atualmente é capitão da pmrn - Policia Militar do Estado do Rio Grande do Norte, professor do Centro de Formação e Aperfeiçoamento da Polícia Militar do RN, professor da graduação da Academia de Polícia Militar do Rio Grande do Norte e professor de pós-graduação da Faculdade de Ciências Cultura e Extensão do Rio Grande do Norte. Tem experiência na área de Sociologia, com ênfase em Sociologia, atuando principalmente nos seguintes temas: segurança pública, políticas públicas, polícia militar, formação profissional e violência.

Marcus Aurélio de Freitas Barros

Possui mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte(2006). Atualmente é da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Atuando principalmente nos seguintes temas: Neoconstitucionalismo, Políticas Públicas, Controle Judicial.

Patrícia Moreira de Menezes

Professora adjunta da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Coordenadora do Curso de Direito (UERN/NATAL - 2016-2018; 2014-2016;2009-2012). Coordenadora da especialização em Direito Público em convênio UERN-Escola de Governo (2016-2017). Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social (ARG); mestra em Ciências Sociais (UFRN); especialista em Direito Processual Civil (UFRN); graduada em Direito (UFRN). Atuação no ensino e orientação de trabalhos em especializações em Direito Administrativo, Direito Público e Direito do Trabalho. Pesquisadora dos grupos de pesquisa: Cidadania, participação popular e políticas públicas e Grupo de Estudos da Criança e do Adolescente.

Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Especialista em Direito Constitucional pela mesma instituição; Mestre em Filosofia, na área de Metafísica e Ética (UFRN); Doutor em Filosofia (UFPB/UFPE/UFRN). Atualmente é Professor Adjunto IV do Curso de Direito do Campus Avançado de Natal da UERN - Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, onde desenvolve trabalhos de Ensino, Pesquisa e Extensão, com ênfase nos Projetos “Combatendo o bullying

nas Escolas: pelo direito à Dignidade" e "Democracia, Ética e Justiça sob a ótica da corrupção dos valores do Estado Democrático de Direito". É Membro e Pesquisador dos Grupos: "Cidadania, Participação Popular e Políticas Públicas" da UERN e "Ética e Filosofia Política" da UFRN. Professor (convidado) dos cursos de Formação de Agente Penitenciário da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte e dos Cursos de Pós-Graduação em Assistência Sócio-Jurídica e Segurança Pública da FACEX, Formação Docente para o Ensino Superior (FACEX), Direito Público (Escola do Governo) em parceria com a UERN e em Direito e Processo do Trabalho da ESMAT (Escola Superior da Magistratura do Trabalho) em parceria com a UERN. Coordena o Núcleo Docente Estruturante – NDE – do Curso de Direito (UERN Natal/RN) e o Curso de Especialização em Direito Previdenciário da mesma IES. É ainda o Coordenador da Proposta de Mestrado Profissional em Direito Público – APCN2017. Autor de livros e artigos científicos.

Victor Rafael Fernandes Alves

É Inspetor de Controle Externo e Coordenador de Despesa com Pessoal do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte. É Doutor em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (2015). Mestre em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2012). Possui graduação em Bachare-

lado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2008) e graduação em Tecnologia em Meio Ambiente pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (2007). É professor da Escola de Contas Severino Lopes de Oliveira e de Pós-Graduação na Universidade Potiguar.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS [18

APRESENTAÇÃO [19

PREFÁCIO [21

Capítulo 1

Limites e possibilidades para a construção de uma teoria das decisões estruturais no Brasil: as políticas públicas como um desafio para a tutela coletiva no século xxi [23

Marcus Aurélio de Freitas Barros

Capítulo 2

Política de ingresso na Polícia Militar: planejamento para seleção e recrutamento no RN [57

André Gustavo de Moraes Vespaziano Borges

João Batista da Silva

Capítulo 3

As funções e os princípios gerais da pena como limitadores do *jus puniendi* estatal: uma análise à luz de um direito penal mínimo [108

Jadson Evaristo da Silva Fabrício

Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

Capítulo 4

Terceirização de mão de obra: estudo de caso da Secretaria de Estado da Educação e da Cultura do Rio Grande de Norte (RN) [170

Evandro Alexandre Raquel

Patrícia Moreira de Menezes

Capítulo 5

A necessidade da regulamentação da dedução de despesas com medicamentos da base de cálculo do IRPF: alicerces para construção de uma proposta [238

Inessa da Mota Linhares Vasconcelos

Capítulo 6

Análise crítica da política pública de saúde quanto à dispensação de medicamentos [281

Flávia Sousa Dantas Pinto

Capítulo 7

Royalties de petróleo: critérios de distribuição e mecanismos de aplicação [327

Victor Rafael Fernandes Alves

AGRADECIMENTOS

Este livro é o resultado de um trabalho colaborativo; sendo assim, agradecemos aos participantes, que são também os Professores que comporão o quadro de Docentes do Programa de Mestrado em Direito Público, vinculado ao Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, do Campus de Natal/RN. Também gostaríamos de agradecer às Instituições colaboradoras, que, através de duas demandas de capacitação de pessoal, serão nossas fomentadoras: o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Ministério Público do Rio Grande do Norte, o Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte RN e a Secretaria de Segurança Pública, parte integrante do Governo do Estado do Rio Grande do Norte. Por fim, agradecemos à nossa querida UERN – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, a IES sem a qual não seria possível nenhuma dessas atividades, projetos e produções.

Os Organizadores

APRESENTAÇÃO

A presente obra nasce da inquietação dos Professores David de Medeiros Leite, Patrícia Moreira de Menezes e deste apresentador, Rogério Emiliano G. Alcoforado. É ela o resultado concreto de uma série de movimentos em busca da gestação, do amadurecimento e da formatação de um Projeto de Curso de Mestrado Profissional.

Na busca pela compreensão da vocação do Curso de Direito da UERN, do Campus de Natal/RN, nos deparamos com uma longa jornada que envolveu múltiplos diálogos, pesquisas, workshops, revisão e aperfeiçoamento de projeto político do Curso, sondagem de demandas concretas e de problemáticas inerentes ao serviço público realizado por algumas Instituições do Estado, dentre várias outras medidas.

Com isso, percebeu-se o alinhamento do curso com a grande área do Direito Público e a vocação nessa direção

para a construção de uma expansão vertical do conhecimento instrumentalizado pela Academia. É nesse sentido que os três professores passam, dentre outras atividades, a organizar a presente obra que apresenta múltiplas abordagens de alguns temas do Direito Público.

De forma a evidenciar uma perspectiva prática, essa obra se integraliza com a elaboração de outra com horizonte teórico de discussões. Enquanto essa se volta para a conjugação Direito Público e Governança, a outra relaciona o Direito Publico à Cidadania – a primeira se voltando para reflexões sobre as políticas públicas e a segunda para a questão dos direitos fundamentais.

Essa conjugação integraliza o essencial que formula a identidade da caracterização do Programa de Mestrado em gestação, orientando também as linhas de pesquisa que brotaram desse exercício laboral-científico e que resultou nos dois livros, que reúnem a colaboração dos Docentes integrantes da Proposta de criação do Mestrado.

Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

Coordenador da Proposta de Mestrado

PREFÁCIO

Os organizadores deste livro, professores David de Medeiros Leite, Patrícia Moreira de Menezes e Rogério Emiliano Guedes Alcoforado, vêm concentrando esforços desde 2016 no sentido de publicizar e socializar a produção do conhecimento docente e discente do curso de Direito/Campus de Natal da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN.

Nesta obra houve ainda uma contribuição significativa de profissionais do Direito externos à UERN que têm atuação em três órgãos fundamentais na discussão central da obra: Ministério Público, Poder Judiciário e Tribunal de Contas.

Intitulada "Direito Público e Governança: reflexões práticas sobre políticas públicas", as discussões dos capítulos deste e-book se voltam para aspectos práticos do Direito Público e que têm as políticas públicas como seu eixo. As temáticas

tocam na questão da governança, posto que o Poder Executivo é figura central na regulação, no planejamento, na fiscalização e na execução das políticas públicas.

As políticas públicas, sejam elas de segurança, de saúde ou de trabalho, perpassam pelas questões de sua concretização via judicial bem como pela gestão financeira do Estado pelo Poder Executivo e planejamento das ações administrativas.

Os capítulos se enquadram em uma permanente discussão dentro das pesquisas de juristas, sejam docentes do curso de Direito, sejam profissionais de órgãos externos e estratégicos do Direito, e contribuem com o aprofundamento do debate sobre Direito Público e políticas públicas.

Esta obra retrata um amadurecimento de problemáticas atuais que forjaram a construção de um projeto de mestrado profissional e uma estruturação articulada de pesquisas jurídico-científicas no curso de Direito, a fim de contribuir de forma mais relevante no universo jurídico.

Resta-nos agradecer as contribuições à obra e fazer votos de uma continuidade na produção científica do curso de Direito e em sua divulgação.

Patrícia Moreira de Menezes

Coordenadora do Curso de Direito de Natal

CAPÍTULO 1

LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DAS DECISÕES ESTRUTURAIS NO BRASIL: AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UM DESAFIO PARA A TUTELA COLETIVA NO SÉCULO XXI

MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS

1. Introdução

Uma das lições mais repetidas pelos que estudam a face atual do Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional) é a missão-mor, imposta pelo constitucionalismo no pós-guerra e, no Brasil, pela Constituição Federal de 1988, de que sejam tutelados (protegidos) todos os direitos fundamentais (art. 5°, XXXV, da CF/88), em especial os chamados "novos direitos" (ex: os personalíssimos, sociais, difusos e coletivos), essenciais para a dignidade da pessoa humana.

Estes "novos direitos", que envolvem temas árduos como saúde, educação, assistência social, violência, meio ambiente, direitos das minorias, possuem inegável importância no âmbito de uma sociedade de massas, mas precisam ser pro-

movidos com responsabilidade, a fim de serem garantidos em sua integralidade, pois são gravíssimas as consequências de sua violação. Exigem, a bem da verdade, complexas prestações do Estado e eficiência na gestão dos serviços e na atuação dos poderes públicos, em especial o Poder Executivo e o Legislativo.

Tais direitos, por vezes, demandam, para sua concreção, políticas públicas eficientes, organizadas e vinculadas juridicamente. Estas políticas, entretanto, exigem a estruturação de verdadeiros sistemas públicos de proteção de direitos. É necessária, portanto, toda uma organização do Estado, muitas vezes complexa, por exigir inúmeras medidas legislativas e administrativas, para a efetivação de direitos fundamentais no exercício da função de governo típica.

No Brasil, tais sistemas já existem e foram democraticamente estruturados pela ordem jurídica, diante, por exemplo, da existência de leis e normas que criam: o Sistema Único de Saúde (SUS), o Sistema Único da Assistência Social (Suas), o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), o Sistema Penitenciário, o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), o Sistema Educacional, o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), dentre tantos outros.

Já há, ademais, todo um conjunto de normas, em cada um dos sistemas, que regulam aspectos fundamentais das referidas políticas públicas, tais como: financiamento, responsabilidades dos entes federativos, gestão do trabalho, controle social, direitos e proteções sociais etc.

Tome-se, como exemplo, apenas a título ilustrativo, o Sistema Único de Assistência Social (Suas), que, do ponto de vista normativo, está organizado a partir da definição de um sistema com gestão compartilhada (há definição das obrigações dos entes estatais) e participativa, com preocupação específica com a gestão do trabalho e a vigilância socioassistencial, além da estruturação adequada dos serviços de proteção social básica e especial, sem descurar da previsão expressa do cofinanciamento da política pública de assistência social.

O grande problema, contudo, é que, apesar de todo o aparato jurídico construído, são frequentes as inaceitáveis violações a esses direitos, muitas vezes decorrentes de insistentes omissões inconstitucionais e ilegais dos Poderes Públicos que, em razão dos males do patrimonialismo, ou não organizam esses sistemas ou, pior, se valem de estruturas altamente viciadas, criando graves problemas estruturais, que ferem de morte a eficiência das políticas estatais.

Cortes Supremas de países como os Estados Unidos (ex: caso *Brown versus Board of Education*), a África do Sul (ex: caso *Grootboom*), a Colômbia (ex: o caso do deslocamento forçado de pessoas em razão da violência), a Argentina (ex: casos *Verbitsky* e *Mendoza*) e o Brasil, já tiveram a oportunidade de decidir casos emblemáticos, em diversas áreas de direitos fundamentais, que envolvem verdadeiros litígios de interesse público (também chamados de litígios de reformas estruturais), ainda que as decisões nos casos apresentados envolvam ordens complexas, voltadas para o futuro, que interferem em políticas públicas e, portanto, no âmago de ações próprias de outros ramos do governo.

Apesar de existirem tais precedentes, é certo que o equacionamento adequado de questões estruturais que comprometem gravemente a eficácia de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário ainda é um sério desafio. Existem dificuldades concretas de o Poder Judiciário e o sistema de justiça em geral tomar decisões estruturais. Destacam-se: a) dificuldades políticas (da teoria constitucional): juízes não são eleitos (objeção democrática) e ausência de capacidade institucional para resolver problemas estruturais; e, b) dificuldades procedimentais (da teoria do processo): ausência de uma modalidade diferenciada de tutela coletiva e de padrões decisórios dotados de legitimidade constitucional para lidar com tais litígios.

O presente trabalho, ciente dos óbices apresentados, visa lançar luzes sobre a construção de uma teoria das decisões estruturais no Brasil. Em outras palavras, busca-se contribuir para a identificação de limites e possibilidades de uma teoria jurídica das decisões estruturais, superando-se a grave situação atual em que magistrados, na prática judicial brasileira, ora simplesmente não decidem, por evidente ou velado receio de interferir em questões tão complexas (*self-restraint*), ora decidem de forma açodada, a partir de posturas ativistas tomadas isoladamente, impondo ordens judiciais que não conseguem ser executadas.

Para alcançar o desiderato central da pesquisa, começa-se por identificar, sob a perspectiva da experiência do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de o Judiciário decidir sobre a constitucionalidade (e legalidade) de políticas públicas e, por conseguinte, sobre os litígios de interesse público ou de reforma estrutural, passando-se, em seguida, a estudar as características de tais litígios de modo particular. Por fim, o trabalho intenta, levando em conta o perfil dos ditos conflitos, lançar luzes sobre aspectos determinantes (limites e possibilidades) de uma teoria constitucionalmente adequada das decisões estruturais no direito brasileiro.

2. O Supremo Tribunal Federal do Brasil e a intervenção judicial em políticas públicas: alguns julgados emblemáticos

Não se pode perder de vista que, no atual modelo de Estado Democrático de Direito, assume papel de destaque os pronunciamentos das Cortes Supremas, sobretudo os que são aptos a constituírem precedentes vinculantes.

Vale ressaltar, a esse respeito, que as Cortes Supremas de *civil law* estão sofrendo relevante transformação na sua forma de atuação. Atualmente, consoante lição de Marinoni (2015, p. 26), tais cortes passam a exercer uma função essencialmente pública de definição do sentido do direito, cumprindo-lhe resolver as grandes disputas interpretativas e elaborar precedentes.

No Brasil não é diferente. O Supremo Tribunal Federal (STF) vem assumindo, principalmente após a Emenda n° 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário), tanto pelo exercício do controle difuso quanto concentrado da constitucionalidade, características de uma verdadeira Corte Suprema, isto é, de uma autêntica corte de interpretação e de precedentes (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 962). Assume, em verdade, o eloquente papel de guardião-mor da unidade do Direito Constitucional. Cabe, pois, ao Excelso Pretório do Brasil (STF) uniformizar a in-

terpretação das questões constitucionais, mesmo as de alta indagação, como as que envolvem a intervenção judicial em políticas públicas.

A esse respeito, cumpre reconhecer, desde logo, que já há uma posição firme do Supremo Tribunal Federal brasileiro que permite, ainda que em caráter excepcional, a intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas[1].

Pode ser considerado um verdadeiro *leading case* (GRINOVER, 2014, p. 8) a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF 45-9/2004 (Informativo n° 345-STF). Neste *decisum*, o tema da intervenção judicial em políticas públicas foi enfrentado com lucidez, fixando-se premissas sobre a possibilidade e limites deste controle excepcional (BARROS, 2008, p. 101).

Segundo Grinover (2011, p. 132), esta decisão emblemática definiu os requisitos para que o Judiciário intervenha em políticas públicas. São eles: a) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; b) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; e, c) a existência de disponibilidade financeira do

1 De forma contundente, Arenhart (2013, p. 397) afirma que já há: "... sedimentada orientação do STF brasileiro, admitindo que os atos de política pública possam ser controlados pelo Judiciário, especialmente em atenção aos direitos fundamentais."

Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Mais à frente (*Op. cit.*, p. 148), conclui que todas as ações, na jurisdição constitucional (controle concentrado) ou ordinária (controle difuso), são idôneas a provocar o Judiciário a exercer o controle e a intervir em políticas públicas.

É preciso, contudo, no dizer de Didier Jr, Zaneti Jr. e Oliveira (2017, p. 365) que a atuação judicial decorra da interpretação do ordenamento jurídico e não da mera criatividade do juízo, de modo que o controle da disfunção política do ponto de vista jurídico passa por identificar se ocorre, no caso concreto, uma proibição de excesso (*Übermassverbot*) ou de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Enfim, diante da inércia dos poderes públicos (principalmente a administração), a função jurisdicional, sempre *a posteriori* e desde que provocada, pode entrar em cena, exercendo o controle da constitucionalidade das políticas públicas, implementando-as no caso de omissão ou corrigindo-as no caso de inadequação (Grinover, 2015, p. 23)[2].

A partir do farol da decisão antes referida, muitos outros julgamentos reafirmaram a tese fixada na ADPF 45-9/2004.

2 Costa (2015, p. 209) também salienta que a atuação do Poder Judiciário é fenômeno complexo que pode se voltar tanto para a criação de determinada política, quanto para a correção de programas já traçados.

Como exemplo, há arestos em matéria de educação infantil, que reconheceram o dever do Estado garantir atendimento em creches e pré-escola às crianças de zero a cinco anos (STF – 2ª Turma – RE 436996/SP – Rel. Min. Celso de Mello – unânime – J. em 26.10.2005 – DJ de 07.11.2005; STF – Dec. monocrática – AI 677274/SP – Rel. Min. Celso de Mello – Informativo nº 520-STF).

Emblemáticos, também, são os julgados (STF) que impuseram o dever de, pela omissão inconstitucional, um Município executar programa social específico ("Programa Sentinela-Projeto Acorde") para atender crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso ou exploração sexual (por exemplo: RE 482611 – Dec. monocrática – Rel. Min. Celso de Mello – J. em 23.03.2010, DJ de 07.04.2010).

Merecem citação, ademais, dentre outros, alguns notáveis julgados: a) o que criou parâmetros para as decisões judiciais que envolvem entrega de medicamentos e realização de tratamentos à luz das políticas públicas de saúde (STF – Pleno – AgReg na STA 175/CE – Rel. Min. Gilmar Mendes – unânime – J. em 17.03.2010 – DJ de 30.04.2010); b) que determinou a implantação e estruturação de Defensoria Pública (STF – AI 598.212/PR – Dec. Monocrática – Rel. Min. Celso de Mello – J. em 10.06.2013 – Informativo nº 711-STF); c) que determinou a execução de obras emergenciais

em estabelecimentos prisionais (STF – Pleno – RE 592.581/RS – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – J. em 13.08.2015 – Informativo nº 794-STF).

Estes julgados repetem e reforçam as premissas já defendidas na ADPF 45-9/2004 e demonstram a existência de uma sólida jurisprudência no Supremo Tribunal Federal brasileiro acerca da possibilidade de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Uma decisão, contudo, bem recente, merece destaque ainda mais especial por envolver a busca de um pronunciamento inovador e a adoção de medidas complexas e coordenadas em várias áreas do Poder Público, tocando de frente no árduo problema dos litígios e das decisões estruturais.

A referência é à ADPF 347 MC/DF que tratou dos graves e complexos problemas do sistema penitenciário brasileiro, pedindo que seja reconhecido, em relação ao dito sistema, o estado de coisas inconstitucional (categoria admitida pioneiramente pela Corte Constitucional Colombiana)[3].

3 Campos (2016, p. 187) define o estado de coisas inconstitucional como: "...a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática a direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional."

Formulou-se pedidos expressos para que o STF determine medidas estruturantes, que interfira na criação e execução de políticas públicas, em alocações orçamentárias e na interpretação e aplicação da ordem processual penal, tudo isso diante dos graves problemas da superlotação dos presídios e das condições degradantes do encarceramento no Brasil (STF – MC na ADPF 347 – Rel. Min. Marco Aurélio – J. em 09.09.2015).

Na decisão, reconheceu o relator que: "A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada 'falha estatal estrutural'. (...). As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades." Mais à frente, é peremptório ao afirmar que: "o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de 'estado de coisas inconstitucional'" (Conferir o voto do Min. Marco Aurélio em: http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf).

Eis, pois, uma situação eloquente e cabal de litígio que demanda decisões estruturais, onde o STF foi instado a adotar medidas complexas. No caso, não obstante as críticas ao fato de a cautelar ter sido deferida apenas para determinar audiências de custódia e a utilização de verbas do fundo penitenciário, é inegável o tom firme

do STF admitindo intervenção judicial em casos dessa dimensão.

É sintomático, contudo, que, não obstante haja construção sólida no STF acerca do controle judicial de políticas públicas e já se admita a existência de decisões judiciais estruturais, exista muita dificuldade de lidar com a matéria. Os Tribunais Superiores ou juízos ordinários tomam decisões pouco debatidas, na solidão dos gabinetes, as quais pecam ora pela timidez exagerada ora por produzir comandos que, ao invés de resolver o problema, contribuem decisivamente para o seu aprofundamento. Esta ainda é a triste realidade brasileira!

A prova maior disso, é que tramita no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei n° 8.058/2014, que cria um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Reconhece-se, portanto, que a tutela tradicional (individual e coletiva) não é adequada para lidar com questões complexas como as que envolvem políticas públicas. Propõe o projeto, em suma, um novo modelo de processo, que permita cognição ampliada, isto é, um diálogo profícuo com o administrador e a sociedade (audiências públicas e *amicus curiae*) para obter todas as informações necessárias, inclusive sobre o orçamento e o planejamento estatal, além de contar com técnicas flexíveis para a decisão e

permitir reter a jurisdição para o monitoramento do efetivo cumprimento das ordens.

Independentemente da aprovação do citado projeto de lei, mas iluminado por suas proposições e pelo reconhecimento de que já se tem um modelo de processo civil essencialmente cooperativo/comparticipativo (THEODORO JÚNIOR, NUNES, BAHIA e PEDRON, 2015, p. 69 a 92), é possível firmar as bases de uma teoria das decisões estruturais no direito brasileiro, devendo-se, antes disso, investigar algumas nuances dos litígios de reforma estrutural.

3. O dilema dos litígios de interesse público e as bases para uma teoria das decisões estruturais no direito brasileiro

Segundo Berizonce (2014, p. 7), os conflitos de interesse público "...son aquellos que involucrán derechos fundamentales colectivos, canalizados a través de los denominados *litigios de derecho público*, desarrollados a partir de la década de los 50 en el derecho norteamericano." Envolvem a necessidade de controlar ações ou omissões inconstitucionais ou ilegais em matéria de políticas públicas.

Para garantir a efetiva imposição social dos valores constitucionais, como ensina Owen Fiss (2017, p. 33), este

tipo de litígio exige um remédio que não tenha o simples propósito de acabar com um incidente (passado) que perturba o *status quo*, mas, ao contrário, que se direcione para mudar o estado de coisas atual e criar um novo *status quo*. Exige, portanto, uma litigância estratégica e o alcance de um modelo específico de solução do conflito: uma decisão estrutural.

Os litígios de interesse público, na linha de pensamento de Verbic, podem ser de dois tipos: a) os conflitos que demandam o controle de constitucionalidade de uma determinada situação fática e exigem, como único meio viável para tutelar os direitos afetados, uma decisão estrutural; b) os conflitos que, embora demandem do Poder Judiciário decidir sobre a constitucionalidade de ações ou omissões do poder estatal em matéria de políticas públicas, comportam decisões comuns, que não adquirem a complexidade das do tipo estrutural (VERBIC, 2015a, p. 291/292).

Interessa ao presente estudo, em particular, os litígios de interesse público que exigem um processo e decisões de caráter estrutural, que são aqueles em que o Judiciário é incumbido de reestruturar toda uma organização para eliminar a ameaça imposta aos valores constitucionais pelos atuais arranjos institucionais existentes (FISS, 2004, p. 27),

de que são exemplos notáveis, no Brasil, ao menos na forma atual de organização, o sistema penitenciário e o sistema socioeducativo (voltado para responsabilizar adolescentes que praticaram atos infracionais).

Detalhe importante destes litígios é que a comprovação da situação de violação inconstitucional é relativamente fácil, sendo, por outro lado, árdua a missão de remediar o problema estrutural (VERBIC, 2015, p. 2). O desafio posto é construir uma decisão legítima e medidas estruturantes aptas a se tornarem efetivas.

Independentemente do advento de um modelo diferenciado de tutela coletiva (processo especial), por exemplo, o que também se defende, já é possível pensar em lidar, atualmente, com os processos coletivos que envolvam litígios de reforma estrutural, desde que, à luz de baliza sólida, sejam centrados esforços para construir uma teoria das decisões dotada de legitimidade constitucional.

O primeiro passo é entender o que sejam decisões estruturais, também chamadas de decisões estruturantes. Não é suficiente, aliás é muito pouco, apenas saber que litígios estratégicos demandam decisões estruturais, sem conhecê-las.

Um bom ponto de partida é a didática lição de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2016, p. 380-381), no sentido de que: "A deci-

são estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural."

Na mesma linha, vale citar o que comenta Bauermann (2015, p. 66), quando afirma que as decisões estruturais são um moderno fenômeno nascido da necessidade de desenvolvimento do direito constitucional diante da identificação pelo Poder Judiciário de que existem vários direitos materiais constitucionais que necessitam de uma melhor supervisão judicial.

A mesma autora acrescenta (2015, p. 67) que: "Essas decisões são denominadas 'estruturais' em virtude de o tribunal, para dar-lhes efetivo cumprimento e garantir a observância do direito das partes, exercer necessária supervisão nas práticas políticas adotadas pelas instituições que estão sob supervisão judicial."

Parte-se do pressuposto de que, diante de violações graves (estado de coisas inconstitucional), não há como seriamente garantir a efetividade constitucional sem que organizações

burocráticas sejam transformadas e verdadeiramente reconstruídas[4].

Um limite às decisões estruturais, desde logo, deve ficar bem claro. Não podem o Poder Judiciário e, na tutela extrajudicial, o Ministério Público ou qualquer outro legitimado, se transmudarem em legislador ou administrador. O Sistema de Justiça só tem legitimidade para atuar se houver uma "disfunção política", com cuidado para agir nos limites não da função de governo, mas da função de garantia de direitos (ZANETI JR., 2011, p. 49), caso contrário assume contornos de poder constituinte permanente ou gestor, violando o postulado da separação de poderes.

É preciso, portanto, ninguém há de negar, encontrar um equilíbrio entre a criatividade excessiva e a passividade doentia no momento de decidir, sob pena de permanecer o insistente desprestígio a importantes direitos fundamentais.

Cumpre, portanto, identificar, sob o prisma da legitimidade e também de sua efetividade, uma teoria das decisões estruturais adequada aos desafios da tutela coletiva brasi-

4 Segundo Pinto (2017, p. 389-390): "Tais decisões [estruturais] partem da premissa básica de que os valores constitucionais só poderão ser plenamente assegurados se houver uma acentuada transformação na estrutura das organizações de larga escala, ou seja, nos alicerces de organizações políticas que estão encarregadas, constitucionalmente, de cumprir tais tarefas, em especial o Executivo e o Legislativo."

leira, principalmente quando se estiver diante de falhas estruturais e da desorganização sistemática dos programas governamentais (políticas públicas), como sói acontecer no Brasil.

Sob o ponto de vista da legitimidade[5], em primeiro lugar, a decisão estrutural deve respeitar os quadrantes da ordem jurídica. Infelizmente, campeia, na prática atual, o decisionismo (solipsismo), ou seja, decisões que nascem da cabeça do órgão decisório sem um debate aprofundado, impondo ordens absurdas, muitas vezes sem amparo no sistema jurídico, causando grave insegurança jurídica. Decisões não podem se constituir unicamente pela criatividade do intérprete.

Não se pode perder de vista, que o direito fundamental à tutela efetiva (art. 5°, XXXV, CF/88) tem como corolário o direito a uma decisão de mérito, motivada, fundada em Direito e congruente (Llobregat, 2008, p. 77/92). Não pode ser diferente com as decisões estruturais, que não são espaço para se "fazer política"!

5 Afirma DIAS (2016, p. 206) que: "A legitimação das decisões deve, assim, ser refletida pela atuação social nos procedimentos perante os tribunais, capazes de tornar o juiz gestor, como um destinatário passível de refletir acerca das demandas sociais e se colocar como agente estatal apto a exerce o controle de opções políticas." Lembre-se, portanto, que o Judiciário dever exercer função de garantia de direitos, nunca a função de governo.

Em segundo lugar, são condições de legitimidade das decisões estruturais: o diálogo institucional (constitucional)[6], a cognição ampliada e participativa e a adoção de padrões decisórios flexíveis.

As decisões estruturais não podem ser construídas sem ter havido prévio diálogo entre as partes (processo democrático ou cooperativo/comparticipativo) e, também, entre os poderes (diálogo institucional), bem como sem a abertura do contraditório mediante audiências públicas e a intervenção de terceiros como o *amicus curiae* (GRINOVER, 2015, p. 18). É fundamental que, antes de decidir, se obtenha as informações necessárias, inclusive sobre o orçamento e o planejamento estatal então vigente. Assim, a cognição do juiz deve ser ampliada e participativa, embora seja sempre de bom tom privilegiar a solução consensual, a qual deve ser sempre estimulada, já que facilita o cumprimento.

Exigem-se, ademais, padrões decisórios abertos e flexíveis. Eis um ponto bem esquecido na prática. O caminho muitas vezes trilhado de privilegiar decisões rígidas (com ordens fixas) não alcança bons resultados no cumprimento, sendo

6 Em trabalho sobre o Ministério Público, SILVA (2016, p. 329) desenvolveu tese voltada a: "...demonstrar que o diálogo constitucional representa um excelente instrumento de atuação extraprocessual, em especial, do Ministério Público em políticas públicas, no campo prático e teórico, na especificação de direitos sociais com certo grau de indeterminação."

as decisões frequentemente inexequíveis (GRINOVER, 2015, p. 19). Dois, portanto, são os caminhos: remédios flexíveis e diálogo institucional. Mas, do ponto de vista prático, o que justifica o privilégio a decisões flexíveis?

É preciso reconhecer que a falta de capacidade institucional do Poder Judiciário precisa ser considerada em situações em que se requer a adoção de medidas complexas, a cargo de diversos órgãos, que exigem conhecimentos extrajurídicos, como é o caso das decisões estruturais.

Este óbice, contudo, não é incontornável. Pode ser bem enfrentado através da utilização de técnicas decisórias mais flexíveis, ou seja, ao invés de a solução do problema vir pronta, o juízo, a partir de um profícuo diálogo institucional, exige que o próprio Poder Público formule planos de superação, com prazos e recursos bem definidos. Deste modo, não se abre mão do potencial institucional dos outros poderes e o Judiciário não pecará por exercer funções de governo.

As decisões estruturais, ademais, por serem prospectivas (orientadas para uma perspectiva futura)[7], demandam pro-

7 A esse respeito, certeira a lição de Chayes (2017, p. 145): "Los litigios civiles involucran, cada vez en mayor medida, la necesidad de resolver cuestiones de interés público de base legal o constitucional, y frecuentemente culminan con una sentencia prospectiva. El litigio no se enfoca en las implicancias de justicia que pueden derivarse de la interacción entre las partes, sino en la aplicación de

vimentos em cascata (ARENHART, 2013, p. 400). Há uma primeira decisão, normalmente mais genérica (ex: cobrar o plano de superação), mas não prescinde, até para garantir a efetiva resolução do problema, de novas decisões à medida que outros problemas se apresentem.

Chega-se, pois, ao aspecto da efetividade. As decisões estruturais, por comportarem implementação gradativa, exigem atenta supervisão judicial. É para permitir esta supervisão que o juiz deve reter a jurisdição, acompanhando a fase de cumprimento. Segundo Lorenzetti (2010, p. 186), o juiz, além de decidir, deve desenhar o que denomina de uma microinstitucionalidade, se valendo de outros órgãos ou não, para fazer um acompanhamento presente da fase de cumprimento da decisão estrutural, o que é absolutamente indispensável.

Já, por fim, em relação às medidas que devem ser tomadas, verdadeiras medidas estruturantes, vale citar, a título exemplificativo, a possibilidade de advirem ordens para: a) esboçar planos de cumprimento pela própria administração ou por terceiros; b) delegar a outros órgãos a fiscalização ou

una determinada política regulatoria a la cuestión de que se trate. El pleito no solamente clarifica el significado del derecho, remitiendo a las partes para que resuelvan privadamente suas asuntos, sino que también establece por sí mismo un régimen a fin de ordenar la futura interacción de las partes y de los ausentes, sujetándolos a una continua supervisión judicial."

execução do julgado; c) criar comitês de controle e supervisão; d) cumprir, desde logo, etapas já definidas na ordem judicial; e) nomear um interventor judicial (ou comissário, como previsto no art. 19 do Projeto de Lei 8.058/2014)[8].

Acerca do tema, Verbic (2017, p. 74-84) elenca alguns mecanismos de execução (meios executivos) que podem garantir a efetivação das decisões estruturais mesmo em face da ausência de um procedimento especial estabelecido pelo legislador para lidar com tais temas, superando a dificuldade política (capacidade institucional) de o Judiciário (Suprema Corte, no caso da Argentina) interferir em litígios de interesse público e em políticas públicas.

Elenca, o citado autor, os seguintes instrumentos: a) delegação da execução a outros juízes ou a funcionários especiais; b) utilização das *astreintes* e do *contempt of court* (ambos ad-

8 Precisa, neste tocante, a lição de Arenhart (2013, p. 401): "Assim, pode a sentença delegar a execução ou a fiscalização do julgado a outros órgãos, criar etapas para o cumprimento da ordem judicial, nomear terceiros encarregados de esboçar plano de cumprimento, ou adotar outras providências que a situação concreta requeira, Enfim, deve haver ampla margem para a gestão da decisão judicial, de modo a compatibilizá-la com as necessidades da situação concreta e com as possibilidades das partes. Pode-se, por exemplo, ditar à Administração Pública o objetivo a ser alcançado, reservando-lhe a escolha dos meios e preservando sua discricionariedade, ou se pode estabelecer desde logo um cronograma de atividades a serem adotadas. Pode-se impor certas condutas ao réu, ou deixar essa determinação a um órgão técnico especializado. Pode-se escalonar medidas a serem adotadas no tempo, com prestação de contas periódicas ou mesmo nomear um interventor fiscalizador para acompanhar o desenvolvimento da satisfação à prestação jurisdicional."

mitidos expressamente no novo Código de Processo Civil Brasileiro – arts. 537 e 77, 4º, §§ 2º a 5º, respectivamente); c) mecanismos de controle e participação da cidadania; d) criação de mesas de diálogo.

Quanto à intervenção judicial (determinação de um interventor ou comissário), permitida pelo art. 139, IV, do CPC atual e art. 84, §5º, do CDC, a mesma pode ser fiscalizatória, cogestora e expropriatória ou substitutiva (ARENHART, 2009, p. 817/820)[9]. Esta última, por retirar o gestor e estabelecer uma administração judicial, é a mais agressiva e excepcional.

Costuma-se pensar apenas na modalidade de intervenção judicial mais grave (expropriatória ou substitutiva) quando existe, por exemplo, a possibilidade de utilizar, até como meio coercitivo, a intervenção meramente fiscalizatória, em que o interventor acompanhará, sem poderes de gestão, a concretização da ordem.

Neste tipo de intervenção judicial, o administrador original não é desvestido de suas atribuições. A função do interven-

9 No mesmo sentido, PETHECHUST e DIAS (2014, p. 291) afirmam que: "Na condição de medida de sub-rogação, a intervenção pode assumir diferentes formatos, adaptando-se às necessidades de cada caso concreto. Todavia, para fins didáticos, a intervenção pode ser catalogada em três espécies, definidas com base no grau de ingerência do interventor junto à esfera do devedor, sendo elas a: (a) intervenção fiscalizatória; (b) cogestora e (c) substitutiva."

tor é, apenas, a de fiscalizar o correto cumprimento da decisão judicial (ARENHART, 2009, p. 818). Pode-se até determinar que, a depender do que for relatado pelo interventor fiscalizatório, possa se substituir, no futuro, a modalidade de intervenção por uma mais grave, o que serve como instrumento de pressão psicológica para que o próprio gestor cumpra adequadamente a decisão estrutural.

No caso de o interventor possuir poderes de gestão para fins de garantir a reestruturação da entidade pública ou privada, se os poderes forem parciais, convivendo com os do administrador original, tem-se a intervenção cogestora. Por outro lado, a modalidade de intervenção mais agressiva, muito própria para os casos em que, diante do estado de coisas inconstitucional, as respostas no âmbito político se mostram inviáveis, é a intervenção expropriatória ou substitutiva, que, por vezes, ainda que seja medida excepcional, se apresenta como único caminho.

Nem se tente objetar que seria impossível utilizar a intervenção judicial como meio executivo no Brasil, uma vez que o dispositivo que previa expressamente a intervenção judicial em empresa foi vetado no final da tramitação do novo Código de Processo Civil brasileiro. Em verdade, a permissibilidade do manejo do meio executivo citado decorre da atipicidade dos meios executivos (art. 139, IV c/c

47 |

art. 536, §1º, do CPC), bem como de sua aplicação analógica com os arts. 102 a 111 da Lei nº 12.529/2011, que prevê expressamente tal instituto[10].

Lembra MEDINA (2016, p. 900) que: "Dentre as medidas previstas no ordenamento jurídico, pode-se lembrar a intervenção judicial em empresa, para a realização de prestação de fazer. O art. 102 da Lei 12.529/2011 (correspondente ao revogado art. 69 da Lei 8.884/1994) que 'o juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor'".

É justamente a Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011) que deve ser consultada para resolver os aspectos referentes à dinâmica prática, à operacionalização da técnica interventiva (intervenção judicial).

Seguindo o escólio de PETHECHUST e DIAS (2014, p. 295), nos termos da Lei Antitruste, ao se utilizar de tal medida interventiva deve o juiz: a) escolher, a partir da confiança e da aptidão técnica, o interventor judicial (pessoa física ou jurídica); b) definir os poderes do interventor e as providências que devem ser tomadas pelo auxiliar judicial; c) es-

10 Salienta MARINONI, ARENHART E MITIDIERO (2015, p. 580) que, mesmo não se tornando regra a intervenção judicial no novo CPC: "..., diante da cláusula aberta do art. 536, CPC, nada impede a aplicação do instituto, que aliás é expressamente contemplada para certos tipos de execução (inclusive de títulos extrajudiciais), tal como ocorre com o art. 96 da Lei 12.529/2011."

tabelecer o prazo de vigência da medida (um parâmetro é o art. 106 da Lei nº 12.529/2011, que define o prazo de cento e oitenta dias); d) arbitrar a remuneração do interventor, que deverá ser suportada pela pessoa jurídica contra quem a medida foi decretada; e, e) exigir, se for o caso, relatórios periódicos (normalmente mensais), que permitam a supervisão judicial da medida.

Eis, portanto, os principais aspectos que devem iluminar uma teoria das decisões estruturais no Brasil, restando evidente que o grande desafio destas resulta não tanto do fato de envolver a necessidade de discutir uma determinada política pública, mas especialmente em razão do tipo peculiar de providências (verdadeiras medidas estruturantes) que acompanham a decisão estrutural.

4. Conclusão

Possível concluir, portanto, que:

1) o direito brasileiro, não obstante a avançada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite amplo controle judicial das políticas públicas, ainda carece de uma teoria constitucionalmente adequada das decisões estruturais, que permita, além de reconhecer a grave violação, efetiva-

mente remediar o problema estrutural, através de medidas estruturantes;

2) as decisões estruturais são adequadas para enfrentar os litígios estratégicos ou de reformas estruturais, onde são necessárias medidas amplas e complexas necessárias para a reestruturação de uma organização, instituição ou entidade pública ou privada, a fim de garantir um direito fundamental ou realizar (implementar ou corrigir) uma determinada política pública. Tais decisões, por sua vez, exigem um verdadeiro processo estrutural;

3) a teoria das decisões judiciais, se bem estabelecida, não encontra limite na separação dos poderes, já que deve ser desenvolvida no exercício da função judicial de garantia de direitos, não se podendo aceitar que o órgão que decide venha a se arvorar na condição de legislador ou administrador e passar a "fazer política" (função de governo);

4) a teoria das decisões estruturais também não admite o decisionismo (solipsismo), exigindo: a) respeito à ordem jurídica; b) amplo diálogo institucional; c) cognição ampliada e participativa; d) adoção de soluções consensuais e de padrões decisórios flexíveis; além de, e) permanente supervisão judicial das providências adotadas e novas decisões à medida que novos problemas forem identificados, pois, só

assim, será possível superar as insistentes falhas estruturais nas políticas estatais, que atingem, normalmente, grupos vulneráveis e não encontram, no sistema político, qualquer perspectiva de solução.

5) Para fins de efetivação das decisões estruturais, são várias as medidas inovadoras que podem ser determinadas, tais como: a) esboçar planos de cumprimento pela própria administração ou por terceiros; b) delegar a outros órgãos a fiscalização ou execução do julgado; c) criar comitês de controle e supervisão; d) cumprir, desde logo, etapas já definidas na ordem judicial; e) nomear um interventor judicial (ou comissário, como previsto no art. 19 do Projeto de Lei 8.058/2014). Neste último caso, a intervenção judicial pode ser fiscalizatória, cogestora ou expropriatória (substitutiva).

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. A Intervenção Judicial e o Cumprimento da Tutela Específica. *In*: CIANCI, Mirna *et al* (Coords.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: estudos em homenagem a Donaldo Armelim*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil

Brasileiro. *In*: *Revista de Processo (Repro) n° 225*. São Paulo: RT, novembro de 2013.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

BAUERMANN, Desirê. *Cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer – estudo comprado: Brasil e Estados Unidos.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

BERIZONCE. Roberto Omar. Los Conflictos Colectivos de Interés Público em Argentina. *In*: www.direitoprocessual.org.br/index.php?texto-importantes. Texto publicado em 2014. Acesso em 20.09.2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interes público. Tradução para o espanhol de Olivia Minatta e Francisco Verbic. *In*: *Revista de Processo (Repro) n° 268*. São Paulo: RT, junho de 2017.

COSTA, Susana Henriques da. Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Geral do Brasil. *In*: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* nº 57 (jul./set. 2015).

Rio de Janeiro: Ministério Público do Rio de Janeiro, 2015.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturais. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade via: quatro conferências sobre a structural injunction. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e Descaminhos do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. *In*: www.direitoprocessual.org.br/index.php?texto-importantes. Texto publicado em 2015. Acesso em 20.09.2015.

_____. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Seoul Conference 2014 – Constitucion and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control. *In*: *Revista de Processo* nº 219. São Paulo: RT, 2015.

LLOBREGAT, José Garberí. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Editorial Bosch, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia Colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

MARINONI, Luiz Guilheme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4 ed. São Paulo: RT, 2016.

PETHECHUST, Eloi; DIAS, Luciana Drimel. A interven-

ção judicial como técnica adequada à efetividade dos provimentos judiciais. *In*: *Revista de Processo* nº 229. São Paulo: RT, março de 2014.

PINTO, Henrique Alves. O enquadramento das decisões estruturais no novo Código de Processo Civil. *In*: *Revista de Processo* nº 271. São Paulo: RT, 2017.

SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VERBIC, Francisco. Ejecucion de sentencias en litígios de reforma estructural en la República Argentina – Dificuldades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. *In*: http://www.processoscoletivos.net/index.php/revista-eletronica/66-volume-6-numero-2-trimestre-01-04-2015-a-30-06-2015/. Texto publicado em 2015. Acesso em 20.09.2015.

_____. Un Nuevo Proceso para Conflictos de Interés Público en la República Argentina. *In*: ARENHART, Sér-

gio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZANETTI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CAPÍTULO 2

POLÍTICA DE INGRESSO NA POLÍCIA MILITAR: PLANEJAMENTO PARA SELEÇÃO E RECRUTAMENTO NO RN

ANDRÉ GUSTAVO DE MORAES VESPAZIANO BORGES

JOÃO BATISTA DA SILVA

1. Introdução

A violência e a criminalidade tornaram-se, nas últimas décadas, uma das principais preocupações da sociedade brasileira, tendo em vista, principalmente, os altos índices que os crimes, violentos, letais e intencionais (CVLI) têm alcançado em todas as unidades federativas do país (WAISELFISZ, 2016). Nesse sentido, as forças de segurança pública, especialmente, as polícias estatuais e, especialmente, a Polícia Militar tem sido demandada a cada vez mais aumentar sua presença nas ruas para garantir a segurança pública da população.

As Polícias Militares (PM) brasileiras, por seu turno, caracterizam-se, predominantemente, como uma organização militar, não sendo possível defini-las, plenamente, como organizações de caráter policial, que ao longo de suas histórias particulares, foram mais empregadas para os fins de

segurança interna e de defesa do Estado (ALTHUSSER, 1978) do que para as funções de segurança pública (BICUDO, 2000). Criadas como pequenos exércitos locais, as Polícias Militares desenvolveram uma estrutura burocrática semelhante à do Exército Brasileiro, incorporando, administrativa e operacionalmente a ideologia militar (BORGES FILHO, 1989). Desta maneira, implementou-se, no âmbito da segurança pública estadual, a integralidade do procedimento militar às polícias, que são responsáveis pela prevenção da violência e criminalidade, por meio do policiamento ostensivo, entre outras atribuições legais (BRASIL, 1988).

De acordo com Carneiro (2007), a criminalidade, no ano de 1997, representava uma preocupação para 31% da população do Brasil. Dez anos após, em 2007, esta representatividade passou ao índice de 59%, demonstrando que a ausência de segurança é mais preocupante que outros fatores de natureza social para o(a) cidadão(ã), ficando atrás apenas da saúde e superando a educação[1].

Segundo o Mapa da Violência, edição 2016, vários muni-

1 Intitulada Retratos da Sociedade Brasileira - Problemas e Prioridades para 2014, feita pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), em parceria com o IBOPE Inteligência, a pesquisa aponta a segurança como o segundo problema mais importante e urgente de políticas públicas, sendo citado por 39% dos entrevistados, ficando atrás apenas da saúde pública, que aparece em 49% das citações. Disponível neste link: http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Brasileiro-elege-saude-seguranca-e-educacao-como-prioridades-para-2014.aspx. Acesso em 16 abr. 2014.

cípios brasileiros com mais de um milhão de habitantes encontram-se expostos à ininterrupta expansão da criminalidade, com destaque para as áreas metropolitanas, as quais se caracterizam pela grande concentração populacional, notável demanda por serviços públicos e carência social nas regiões periféricas, o que retrata a ausência do poder público. Assim sendo, tal ausência se caracteriza como um evento que propicia o entendimento, para a população destas áreas, que as autoridades estatais não são eficientes e as normas jurídicas não são capazes de realizar, efetivamente, o controle social (WAISELFISZ, 2016).

Com a PMRN, criada em 27 de junho de 1834, não seria diferente, sendo instituída desde seus primórdios com base na hierarquia e disciplina militar o que implicou no estabelecimento de uma cultura organizacional deveras rigorosa e, em muitos casos, marcada por tratamentos desumanos e autoritários, tanto em relação ao público interno quanto ao público externo (STIVE, 2016).

A PMRN exerce há cento e oitenta e três anos o papel de *guardiã da sociedade* e, ao longo do tempo, procurou formar, aperfeiçoar e especializar, seus integrantes, buscando, assim, *profissionalizá-los* (SILVA, 2016), além de equipá-los adequadamente para o cumprimento dos atributos legais. Buscou, ainda, aproximar-se da comunidade potiguar para torná-

la partícipe da segurança pública, quebrando paradigmas e tornando-se uma instituição mais aberta e transparente, procurando implementar a filosofia de polícia comunitária no RN (SILVA, 2009).

Contudo, a mantença dessa interação com a sociedade (SAVARIS, 2000), por meio da integração do policial militar com a comunidade, pauta-se, além de outros fatores, pela reciprocidade do policial em ser capaz de influenciar nas relações sociais e os cidadãos exercerem influências nos métodos e nas prioridades policiais, o que, em tese, ocorre com policiais nas ruas realizando o policiamento ostensivo propiciando sensação de segurança pública e confiança mútua.

Nesse contexto, faz-se, extremamente, necessário o ingresso de novos integrantes na Polícia Militar, haja vista já passados doze anos do último concurso público destinado ao preenchimento de claros na corporação, que além da recomposição/renovação do efetivo traria candidatos com novas formações e aspirações sociais.

A percepção da ausência/déficit do efetivo no policiamento ostensivo é intensificado pelo aumento do número de aposentações, reformas e de mortes de policiais militares, reforçado, também, pelo aumento dos que se encontram afastados do trabalho, em decorrência de diversas doenças e

da progressiva e continuada elevação da idade dos que se encontram no serviço ativo, circunscrevendo essa problemática que deve ser, ainda, associado ao continuado crescimento populacional (IBGE, 1991, 2000, 2010, 2016).

Segundo Levitt (2005), é possível obter a redução de índices de criminalidade promovendo-se o aumento da quantidade de policiais contratados pelo Estado. Segundo o autor "[...] mais policiais realmente contribuem para reduzir substancialmente os índices de criminalidade" (LEVITT, 2005, p.128). Entretanto, como vislumbrar-se-á no decorrer da presente pesquisa, tal posição não é unânime entre diversos estudos, pois além do incremento policial outros fatores influenciam nesse contexto (MONET, 2001, p. 159-162).

O objetivo geral deste artigo é analisar qual a relevância da gestão de recursos humanos no planejamento do efetivo policial? E esse planejamento pode influenciar na prestação de serviço à sociedade por meio do policiamento ostensivo.

A primeira sessão discorreu a respeito da gestão de recursos humanos e do planejamento da força de trabalho no âmbito público. A segunda seção abordou a questão da criminalidade no Brasil e no Rio Grande do Norte. Na terceira e última seção apontou-se a relevância do planejamento da força de trabalho na segurança pública. Sequencialmente, tem-se as

considerações finais que traz uma panorâmica geral da importância das temáticas apresentadas.

A partir de revisão de literatura foram selecionados artigos científicos, que tratam sobre temas que abarcam a administração e a segurança públicas, tomando como método de abordagem a suplementação entre o quantitativo e o qualitativo, com o respaldo de Gil (2010), Richardson (2011), Yin (2012) e Severino (2011), os quais orientaram a pesquisa bibliográfica e documental.

A pesquisa foi operacionalizada por meio da busca de literatura científica, na Internet, a partir de pesquisa na *Scientific Eletronic Library Online* (SCIELO), com a utilização das seguintes palavras chave: Polícia Militar, segurança pública, administração pública, seleção continuada e policiamento ostensivo. Em um primeiro momento foram selecionados textos pertinentes ao assunto da pesquisa, ou seja, artigos de revistas científicas e capítulos de livros; publicações em português e inglês, realizadas entre os anos de 2000 e 2016. Doravante, efetuou-se a leitura do referido aporte bibliográfico e, posteriormente, selecionou-se textos relacionados à pesquisa, efetuando-se o seu fichamento. Os dados levantados foram analisados de forma qualitativa que, segundo Vergara (2007), possibilitam a obtenção de informações e interpretação de natureza subjetiva, mas também, crítica-reflexiva.

2. Gestão de recursos humanos no setor público

Gestão pode ser concebida como a "ação ou efeito de gerir, gerenciar", consistindo, portanto, em uma atividade de alta complexidade, abarcando a associação e a coordenação de recursos humanos físicos e financeiros, de maneira que são produzidos bens e/ou serviços, os quais demandem de procura e sejam disponibilizáveis por um preço viável, consistindo em agradabilidade e aceitação do ambiente laboral para os indivíduos envolvidos.

Por outra perspectiva, gestão é um processo com vistas à obtenção de resultados, lastreado pelo esforço dos indivíduos, os quais são o sustentáculo da existência de uma organização, que exercem tal atribuição por meio da atividade coletiva, visando o alcance de objetivos comuns. Claro e Nickel (2002) defendem que é percebido um modelo novo do RH, se tal mudança for contextualizada paulatinamente, de maneira que a transposição do âmbito dos recursos humanos do departamento de pessoal para um fator transformador organizacional ocasiona alterações de grande vulto, de forma que a organização que destaca a gestão de pessoas será, possivelmente, premiada com resultados positivos no concernente à manutenção organizacional, implicando em incremento produtivo, que é um fator consolidador da existência de uma empresa.

A gestão de RH no setor público do Brasil foi caracterizada, ao longo dos anos, pela implementação de ações operacionais e por comportamento reativo, com o objetivo de suprir as necessidades emergenciais e pontuais, de maneira que não havia diretrizes esclarecidas para essas políticas empregadas pelo setor público, o que determinou a falta de êxito na construção de um quadro adequado de servidores. Tal realidade sofre alterações ao passo que os responsáveis pela gestão pública orientam-se pelo investimento na formação dos servidores, capacitando-os para a realidade da organização (MARCONI, 2006).

Nessa perspectiva, a seleção e o recrutamento são ações essenciais às organizações, com vistas a aprimorar a precisão e a qualidade dos processos, de maneira que o ato de contratar colaboradores consiste em um método permissivo para o alcance de um nível adequado de profissionais, os quais consistirão na composição do ente público, demandando-se elevada precisão. Essas instituições carecem da implementação de atividades norteadas à ininterrupta especialização dos colaboradores com vistas a estabelecer, efetivamente, a eficácia no cotidiano dos profissionais. Neste sentido, a formação/capacitação consiste em uma atividade planejada, com vistas a promover a obtenção de atributos de natureza comportamental e técnico, visando-se o aprimoramento do desempenho do trabalhador (FREITAS; JABBOUR; SANTOS, 2011).

No serviço público, o desempenho nem sempre é de fácil mensuração. Concebe-se que essa performance seria um processo que almeja o estabelecimento e obtenção de resultados da atividade laboral de um colaborador, sendo um de seus aspectos fundamentais a determinação para harmonizar os esforços dispendidos e os resultados alcançados (STONER; FREEMAN, 1999).

Nessa perspectiva, diversos aspectos, como ausência de autonomia e estratégia, vínculo às instâncias superiores e à regulamentação, entre outros, implicam no surgimento de procedimentos burocráticos associados à gestão de pessoas, manifestando-se dessa maneira como entrave ao setor público. Nesse contexto, entre outros, reside a relevância da gestão de recursos humanos devido ao desempenho organizacional encontrar-se vinculado às atribuições dos indivíduos, seu modo de organização e do investimento aplicado para seu desenvolvimento (PEDRO, 2015). Assim sendo, vislumbraram-se alterações a respeito de como as pessoas são concebidas pelas organizações, passando a ser vistas como indivíduos portadores de aspirações, ações, objetivos particulares, crenças e valores que podem interferir positiva ou negativamente no serviço público.

Por outro lado a gestão de RH é, também, capaz de aperfeiçoar a capacidade da organização e conservar as compe-

tências das pessoas mais adaptadas ou adaptáveis às metas institucionais, por vias da adoção de processos de seleção/recrutamento, assim como pelo desenvolvimento de competências e recompensas convincentes, possíveis de promover o estímulo comportamental, harmonizado com os objetivos estratégicos da organização, a longo prazo, por vias de planos de carreira (SOUZA, 2006). Enfatiza-se, ainda, que é possível, por meio da gestão de RH promover a adaptação de sistemas remuneratórios vinculados ao desempenho das competências dos funcionários, de forma particular, assim como ao desenvolvimento das equipes (PEDRO, 2015).

Segundo Gil (2001, p. 17) a gestão de pessoas "é a função gerencial que visa a cooperação das pessoas que atuam nas organizações para alcance dos objetivos tanto organizacionais quanto individuais", enquanto Tachizawa et al (2001, p. 197), descreve que tal conceito consiste em "um processo de gestão descentralizada apoiada nos gestores responsáveis, cada qual em sua área, pelas atividades-fim e atividades-meio das organizações". Marconi (2009), com efeito, enfatiza que a gestão de pessoas deve ser embasada por meios que gerem sustentáculos às melhorias salariais e ao progresso do indivíduo, visando incentivar seu desempenho. Assim, defende-se, que há uma relação entre os conceitos no que diz respeito à finalidade organizacional, que consiste em promover o aumento da produtividade por meio de incentivos aos co-

laboradores, visando intensificar e otimizar as respectivas performances.

Fleury e Fischer (2002, p. 19) classificam a gestão de pessoas em quatro grupos principais, os quais se encontram em diferentes períodos históricos, quais sejam: 1. modelo de gestão de pessoas articulado como departamento pessoal; 2, como gestão do comportamento; 3. como gestão estratégica; 4. e como vantagem competitiva.

De acordo com as especificidades e a análise para o Planejamento da Força de Trabalho (PFT), os servidores públicos possuem ocupações menos operacionais em comparação aos indivíduos empregados no setor privado, ao passo que seu nível de escolaridade, o tempo de serviço e a idade são semelhantes entre tais trabalhadores. Assim, tais resultados consistem em sólidas evidências de que o perfil da força de trabalho no âmbito público apresenta maior qualificação, em relação aos indivíduos do setor privado (MARCONI, 2003, p. 34).

Silva et al. (2012) relatam, em sua pesquisa, que o PFT é um mecanismo de grande relevância para a gestão estratégica de pessoas, de forma que seu êxito é proveniente do adequado levantamento de demanda de pessoal, que deve se encontrar equalizado com as condições reais do setor público e em conformidade com as expectativas da administração pública.

No plano prático, Rocha e Morais (2013) consignam que a experiência dessa metodologia em diversos âmbitos da administração pública, no estado de Minas Gerais, permitiu a apresentação de alguns aspectos benéficos, quais sejam, 1. a apresentação de informações capazes de lastrear a composição de concursos públicos; 2. a contribuição para a criação de conteúdos de cursos de aperfeiçoamento e de formação nas áreas nas quais o ente público demanda; 3. propiciou-se a qualificação dos servidores públicos, em alinhamento com os modelos determinados; e 4. reestruturação dos processos, fator primordial para a implementação da metodologia, de maneira que, segundo os autores, sendo devidamente implementada, implica boas práticas dos projetos de PFT.

É necessário, contudo, considerar que a atividade de PFT apresenta uma natureza dinâmica, de forma que os resultados podem sofrer alterações decorrentes de mudanças ambientais, sendo possível "afetar a execução dos processos, tanto em sua forma quanto em sua essência" (ROCHA; MORAIS, 2013, p.30).

De acordo com Marconi (2006), o planejamento da força de trabalho abarca o reconhecimento da missão, os objetivos, as metas e as estratégias da organização, a avaliação de eventuais alterações posteriores, acerca do ambiente interno e

externo, com vistas a estabelecer o cenário mais provável de atividades, tendo em vista o período a ser considerado. Faz-se necessário, todavia, apreciar as demandas de recursos humanos, à luz da quantitatividade e do perfil, apontando eventuais divergências entre as demandas futuras e a disponibilidade atual dos recursos humanos e, por fim, é importante implementar estratégias, objetivando-se superar as divergências e certificar-se de que a força de trabalho se desenvolve no sentido a favorecer a satisfação de demandas vindouras, avaliadas, considerando-se os objetivos organizacionais e a realidade almejada.

Marconi (2006) defende que os entes estatais encontram-se em níveis diversos a respeito da gestão de políticas de recursos humanos. Entretanto, os governos empreendem constantes esforços, com o objetivo de aperfeiçoar a gestão pública. Considerando-se, portanto, essas perspectivas culturais e institucionais próprias e, consequentemente, gestões características, justifica-se o fato de haver diversidade no processo de alcance da modernização.

Neste contexto, o autor apresenta os estágios das reformas. O primeiro estágio consiste no tolhimento de atividades que impelem a falta de controle, promovendo-se a minimização das despesas através de mecanismos de coordenação e controle. Neste nível, é elementar o desenvolvimento de

uma rede de dados gerenciais, com vistas a respaldar a tomada de decisão no campo de RH.

No segundo estágio, encontrando-se o governo saneado e harmonizado, ocorre a implementação de atividades norteadas pela consolidação de uma política de recursos humanos, de maneira que a gestão passa a ater-se s seleção e ao recrutamento e à indução de benefícios aos servidores. Assim, há um adequado planejamento dos concursos públicos, satisfazendo-se as demandas de determinadas áreas. Nesta fase, há a preocupação dos gestores com a flexibilização das atribuições exercidas pelo servidor, ou seja, a intenção é planejar as carreiras que possibilitem o aprimoramento do indivíduo (MARCONI, 2006).

O terceiro estágio é caracterizado pela preocupação em harmonizar a política de recursos humanos e os objetivos da organização, com o intuito de conceder uma intensificação de seus fatores estratégicos. Este estágio deve ser satisfeito pela política de RH em médio prazo, sendo importante o direcionamento das ações governamentais para o âmbito estratégico (MARCONI, 2006).

Na seção seguinte far-se-á uma abordagem acerca dos índices criminais no Brasil e RN para, posteriormente, tratar dos aspectos de causalidade ou correlação entre efetivos policiais e o aumento das taxas de homicídio no estado.

3. Violência no Brasil e no RN: análise entre déficit policial e o aumento da criminalidade

Pesquisadores e estudiosos são unânimes defender que é necessário as Polícias Militares brasileiras expandirem seus efetivos, em face, principalmente, dos aumento significativo dos CVLI. Martins (2015) enfatiza que pelo menos 20 mil novos policiais seriam imprescindíveis para que se tenha um razoável de PMs para atendimento da população no país. Tal levantamento é baseado no perfil dos estados e municípios brasileiros de 2014, contabilizando-se os 26 estados e o Distrito Federal, de maneira que, no Brasil, há um policial militar para 473 habitantes (GLOBO, 2015), tomando como parâmetro, respectivamente, a média do efetivo das PMs pela média populacional das cinco regiões do país.

Por seu turno, o Quadro 1 apresenta as informações referentes à relação policiais/habitantes, de acordo com cada unidade federativa, a partir da pesquisa realizada pelo IBGE.

Quadro 1

– Relação entre número de policiais e habitantes por estado

Estado	Total	Homens	Mulheres	Índice de policiais por habitante
DF	14.345	13.176	1.169	1:194
AP	3.700	2.946	754	1:199
AC	2.712	2,441	271	1:286
RR	1.669	1.426	243	1:292
RO	5.200	4.700	500	1:332
RJ	46.135	42.147	3.988	1:355
RN	8.926	8.717	209	1:378
TO	3.855	3.384	471	1:383
AM	9.050	7.970	1.080	1:421
PB	9.263	8.563	700	1:423
ES	8.491	7.518	973	1:452
AL	7.135	6.349	786	1:463
SE	4.660	4.343	317	1:471
BRASIL				**1:473**
PE	19.348	17.227	2.121	1:476
MT	6.579	5.992	587	1:484
BA	31.039	26.714	4.325	1:485
SP	89.478	79.600	9.878	1:488
MG	42.115	38.519	3.596	1:489
MS	5.255	4.833	422	1:492
PA	15.943	14.047	1.896	1:500
GO	11.950	11.000	950	1:538
RS	20.305	17.773	2.632	1:547

CE	15.926	15.440	486	1:551
SC	11.560	10.680	880	1:574
PI	5.335	4.975	360	1:597
PR	17.465	15.667	1.798	1:630
MA	7.709	7.263	446	1:886

Fonte: (MARTINS, 2015)

Percebe-se que o Rio Grande do Norte ocupa a 7ª colocação, em ordem crescente, proporcionalmente em efetivo policial, apresentando uma proporção de 378 policiais por habitante, sendo o referido índice inferior à média brasileira, que consiste em 1 policial para cada 473 habitantes.

Com o objetivo de se efetuar um comparativo entre as unidades federativas e proporcionalidade entre habitantes e policiais, bem como as taxas de homicídios ocorridos nessas mesmas unidades federativas apresenta-se as Tabelas 1 e 2, contido no Atlas da Violência (2016), a partir das quais se podem inferir correção ou até mesmo, causalidade entre efetivos policiais e aumento dessas taxas, especialmente os crimes, violentos, letais e intencionais.

TABELA 1

– Taxa de homicídios por unidade federativa (2004 a 2014)

	Taxa de Homicídios por 100 mil Habitantes											Variação %		
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2004 a 2014	2013 a 2014	2010 a 2014
Brasil	26,5	25,7	26,2	25,2	26,2	26,6	26,7	26,4	28,3	28,3	29,1	10,0%	3,0%	8,9%
Alagoas	33,9	39,3	51,9	58,4	59,4	58,4	64,6	69,7	62,4	65,5	63,0	85,8%	-3,8%	-2,4%
Ceará	19,6	20,8	21,8	23,3	24,1	25,5	31,4	32,3	44,1	50,9	52,2	166,5%	2,7%	66,3%
Sergipe	23,8	24,8	29,7	25,8	27,8	31,7	32,6	34,4	40,7	43,6	49,4	107,7%	13,2%	51,7%
Rio Grande do Norte	11,3	13,3	14,5	18,9	22,6	24,5	25,0	31,6	33,6	43,0	46,2	308,1%	7,4%	85,3%
Goiás	25,8	24,8	24,5	24,4	29,4	29,6	30,8	35,4	43,0	45,2	42,7	65,4%	-5,7%	38,5%
Pará	22,0	27,4	29,0	30,3	38,7	39,8	46,4	39,7	41,5	43,2	42,6	93,5%	-1,2%	-8,0%
Mato Grosso	31,4	32,3	31,4	30,7	31,9	33,3	32,1	32,2	34,1	36,8	41,9	33,4%	13,8%	30,6%
Espírito Santo	48,0	46,4	50,7	53,1	54,1	54,7	48,5	44,9	44,6	42,4	41,4	-13,8%	-2,3%	-14,8%
Paraíba	18,2	20,3	22,2	23,2	27,2	33,5	38,2	42,0	39,3	39,6	39,1	114,4%	-1,3%	2,5%
Bahia	16,0	19,9	22,9	25,0	32,7	36,7	39,0	36,7	39,7	36,8	37,3	132,6%	1,1%	-4,5%
Pernambuco	49,2	50,2	51,7	52,2	50,2	44,4	38,3	38,2	36,3	33,9	35,7	-27,3%	5,4%	-6,8%
Maranhão	11,3	14,5	14,7	17,1	19,3	21,2	22,6	23,6	26,0	31,4	35,1	209,4%	11,6%	55,2%
Distrito Federal	35,8	32,0	32,4	33,6	35,2	39,5	33,9	36,7	37,8	32,9	33,1	-7,4%	0,5%	-2,4%
Amapá	29,9	32,8	33,0	27,0	32,4	28,5	37,6	29,6	34,9	29,8	32,9	9,9%	10,4%	-12,5%
Rio de Janeiro	48,1	45,8	45,6	40,1	34,0	31,8	32,8	28,2	28,2	29,9	32,1	-33,3%	7,2%	-2,2%
Roraima	21,2	23,2	26,3	27,0	23,8	25,9	26,7	20,2	34,7	43,9	32,0	51,3%	-27,0%	19,9%
Rondônia	37,1	35,8	37,6	27,3	29,7	32,7	32,7	26,5	30,6	27,6	31,9	-14,1%	15,4%	-2,6%
Amazonas	16,5	18,4	21,0	21,0	23,9	25,9	29,9	35,1	35,2	31,1	31,7	91,9%	1,9%	6,0%
Acre	17,8	18,9	22,9	19,3	18,9	21,1	22,5	22,4	27,4	31,0	29,4	65,0%	-5,4%	30,7%
Paraná	27,8	29,1	29,9	29,8	32,8	34,7	33,6	30,8	31,8	26,6	26,6	-4,3%	-0,2%	-20,9%
Mato Grosso do Sul	28,6	27,2	28,9	29,3	28,5	29,7	25,7	26,5	26,6	24,0	26,4	-7,7%	9,9%	2,8%
Tocantins	16,0	15,4	17,7	16,5	16,9	20,3	22,1	24,8	25,4	23,1	24,2	51,6%	4,5%	9,6%
Rio Grande do Sul	18,5	18,8	18,2	20,1	21,7	20,3	18,7	18,6	21,3	20,7	24,1	30,5%	16,5%	28,7%

Fonte: IBGE, 2014; ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2016.

	Número de Homicídios											Variação %	
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2004 a 2014	2013 a 2014
Brasil	48.909	48.136	49.704	48.219	50.659	52.043	53.016	52.807	57.045	57.396	59.627	21,9%	3,9%
Acre	115	126	155	135	133	152	165	168	209	241	232	101,7%	-3,7%
Alagoas	1.034	1.211	1.619	1.840	1.887	1.872	2.086	2.268	2.046	2.162	2.093	102,4%	-3,2%
Amapá	173	196	203	173	211	191	258	208	251	219	247	42,8%	12,8%
Amazonas	523	598	697	711	827	915	1.076	1.289	1.317	1.183	1.226	134,4%	3,6%
Bahia	2.256	2.890	3.301	3.645	4.797	5.431	5.852	5.536	6.146	5.687	5.733	154,1%	0,8%
Ceará	1.576	1.694	1.793	1.937	2.031	2.169	2.693	2.790	3.840	4.465	4.620	193,1%	3,5%
Distrito Federal	815	745	769	815	873	1.005	882	978	1.033	922	946	16,1%	2,6%
Espírito Santo	1.630	1.600	1.774	1.885	1.948	1.996	1.794	1.681	1.693	1.627	1.608	-1,3%	-1,2%
Goiás	1.427	1.400	1.411	1.426	1.754	1.793	1.896	2.214	2.725	2.913	2.783	95,0%	-4,5%
Maranhão	699	903	931	1.093	1.247	1.388	1.495	1.573	1.751	2.136	2.407	244,3%	12,7%
Mato Grosso	867	908	900	893	943	1.002	979	1.013	1.084	1.174	1.352	55,9%	15,2%
Mato Grosso do Sul	654	631	684	709	694	729	648	673	680	623	692	5,8%	11,1%
Minas Gerais	4.244	4.211	4.157	4.108	3.878	3.715	3.631	4.237	4.539	4.694	4.682	10,3%	-0,3%
Pará	1.522	1.926	2.074	2.205	2.871	2.997	3.545	3.082	3.261	3.442	3.447	126,5%	0,1%
Paraíba	659	740	819	864	1.023	1.269	1.457	1.619	1.528	1.550	1.542	134,0%	-0,5%
Paraná	2.835	2.993	3.101	3.119	3.458	3.713	3.617	3.387	3.499	2.955	2.964	4,6%	0,3%
Pernambuco	4.173	4.307	4.481	4.561	4.433	3.955	3.448	3.468	3.314	3.121	3.315	-20,6%	6,2%
Piauí	347	386	437	406	388	399	432	466	544	612	716	106,3%	17,0%
Rio de Janeiro	7.749	7.422	7.412	6.560	5.674	5.377	5.681	4.786	4.775	5.120	5.522	-28,7%	7,9%
Rio Grande do Norte	342	408	450	594	720	791	815	1.042	1.122	1.453	1.576	360,8%	8,5%
Rio Grande do Sul	1.964	2.015	1.976	2.192	2.375	2.239	2.081	2.073	2.381	2.318	2.716	38,3%	17,2%
Rondônia	562	552	590	435	480	536	545	449	525	479	558	-0,7%	16,5%
Roraima	83	96	110	116	106	118	123	95	167	214	159	91,6%	-25,7%
Santa Catarina	641	619	658	633	797	805	815	807	826	784	901	40,6%	14,9%
São Paulo	11.348	8.865	8.366	6.410	6.305	6.538	5.997	5.807	6.535	6.002	6.131	-46,0%	2,1%
Sergipe	464	492	598	526	574	663	690	739	883	958	1.096	136,2%	14,4%
Tocantins	207	202	238	228	232	285	315	359	371	342	363	75,4%	6,1%

TABELA 2 – Número de homicídios por unidade federativa (2004 a 2014)

Fonte: IBGE, 2014; ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2016.

De acordo com o Atlas da Violência (2016), ao se verificar a evolução dos índices de homicídios por unidade federativa é possível constatar situações divergentes, haja vista que entre os anos de 2004 e 2014, houve uma variação, por unidade federativa, com grandes alterações.

No Rio Grande do Norte, conforme a Tabela 1, a elevação dos crimes violentos letais e intencionais foi de 308,1%. Por outro lado, em São Paulo, houve uma redução de 52,4%, dos homicídios, por cem mil habilitantes. Nessa mesma perspectiva, ao passo que, segundo o estudo estatístico, seis estados apresentaram um acréscimo superior a 100%, oito apontaram uma expansão entre 50% e 100%. Ainda nesse sentido ocorreu variação em cinco unidades da federação que sofreram um acréscimo de até 50% e oito estados apresentaram redução dos índices de homicídios.

A integralidade dos estados nordestinos demonstrou um aumento superior a 100%, excetuando-se Pernambuco, com redução de 27,3%. No mesmo período, três UF do Sudeste estabeleceram a redução dos índices de homicídio. Destaca-se que Pernambuco[2] obteve a mencionada redução mesmo apresentando uma média de 476 habitantes por policial, índice este acima do indicativo nacional, ao passo que o Rio Grande do Norte, que possui 378 habitantes por policial (MARTINS, 2015), apresenta maiores índices de violência que aquele ente federativo.

2 Este estado apresenta uma situação atípica, pois além de incremento policial, lançou uma nova estratégia de policiamento, o "Pacto pela Vida", que por limitação de espaço opta-se em não tratar de forma reducionista neste *paper*. Para aprofundamento está disponível em: http://www.portais.pe.gov.br/web/pmpe/gratificacao-pacto-pela-vida. Acesso: 25 ago 2018.

Como defendido por Monet (2006), a relação policial/habitante não é, necessariamente, o único fator catalisador de redução dos índices de violência e criminalidade, devendo-se, obrigatoriamente, serem observados outros fatores sociais, culturais, político-administrativos, recursos financeiros para custeio e investimento, entre outros que contribuem para tal redução. Como aponta Levitt (2005), apesar das várias teorias e apelos da mídia acerca de novas estratégias policiais implementadas por Rudolph Giuliani, em Nova Iorque, a contratação de policiais, naquela cidade, na década de 1990, foi a mudança mais significativa, pois foram inclusos no Departamento de Polícia de Nova Iorque o percentual de 45% de novos policiais, afora, evidentemente, investimento em capacitação e inovação tecnológica para subsidiar as ações policiais.

No Brasil, as especificidades culturais, regionais, aspectos tais quais a distribuição inadequada de renda e a consequente desigualdade social prejudicam as tentativas de promover a redução dos índices de violência e criminalidade, especialmente, de homicídio. Ademais que as políticas de contratação de policiais não seguem um planejamento estratégico na maioria das polícias militares. Neste cenário, faz-se necessário considerar uma gestão adequada no que diz respeito às políticas públicas de segurança, de inclusão de pessoal, com vista à obtenção de taxas controladas de homicídios,

devendo-se tomar como parâmetro, além dos efetivos policiais, os fatores citados, entre outros circunscritos à problemática da violência e criminalidade (LIMA; RATTON; AZEVEDO, 2014).

Nesse contexto, devem ser considerados os diversos aspectos que promovem a expansão da criminalidade, não sendo possível enfrentar o problema solucionando apenas um de seus componentes. Desta feita, o aumento do efetivo não é eficiente se não for acompanhado de uma política multifatorial, composta não só pelo setor da segurança, mas também da saúde, educação, serviço social, dentre outros (CARSTENS; PERIOTTO, 2012).

Contudo, há de se considerar que alguns índices de homicídios, no Brasil, estão sendo reduzidos, em parte, em particular nas cidades grandes, ao passo que as regiões interioranas amargam a intensificação dessas estatísticas, com destaque para a região Nordeste. Dentre 20 microrregiões mais violentas, 16 estão situadas no Nordeste. Na medida em que se obtém a redução desses índices nas capitais, em municípios como Senhor do Bonfim-BA apontou-se aumento de 1.136,9% nos índices de violência. O Rio Grande do Norte, por seu turno, demonstrou um aumento de 360,8% na taxa de homicídios, entre 2004 e 2014, seguido por Maranhão (209,4%) e Ceará (166,5%) (VILLELA, 2016).

Nos dias atuais, faz-se necessário implementar, nas organizações policiais reformas organizacionais capazes de implicar em sua harmonização com os parâmetros da administração pública, priorizando-se o atendimento à sociedade, em detrimento das influências políticas pessoais na segurança pública. Todavia, demanda-se da apreciação de diversos fatores, constantes em uma organização policial, tais quais recursos materiais e humanos, estrutura organizacional, emprego de recursos tecnológicos, processos de funcionamento e controle. Nesse sentido, tende-se a ampliar o atendimento policial, determinando a necessidade de inserção de novos agentes nas corporações policiais como prioridade para redução dos índices criminais (BAYLEY, 2001).

Neto (2013) ressalta que o FBI (Polícia Federal Americana) estabelece que em cidades com população inferior a 10 mil habitantes, defende-se que são necessários 3,5 policiais a cada 1.000 habitantes. Harris (2011) defende que a quantidade ideal é de 1,6 a 1,9 policial a cada 1.000 habitantes. Wilson e Weiss (2012), ao vislumbrar a realidade brasileira, avaliam que a cada 1.000 habitantes, deveria haver 1,5 a 2,5 policiais. Entretanto, Silva Filho (1999) enfatiza que os impasses associados à segurança pública não são resolúveis, exclusivamente, com ações policiais. Isso, portanto, seria uma postura reducionista de um problema deveras complexo.

A Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), com efeito, enfatiza que em face da precária situação da segurança pública no país, a disponibilização de qualificação aos policiais, como política afirmativa para capacitação profissional dos agentes de segurança pública é mais determinante que sua quantidade. Entretanto, na mesma perspectiva, não se observa uma evolução nos quadros organizacionais (aumento dos efetivos) em função da expansão populacional que possa, concomitantemente, atuar como política pública de segurança (CARTENS; PERIOTTO, 2010).

É necessário destacar a organização da atividade laboral, de maneira que deve haver um padrão na atuação das organizações, com ênfase para as polícias militares, com vistas a não realizar ações sobrepostas, devendo haver a constante confecção de mapeamento das áreas com maior incidência criminal, com o intuito de distribuir a tropa em locais caracterizados pela atividade criminosa mais intensa, não devendo se considerar, para isso, questões de cunho político (SILVA FILHO, 1999), mas, eminentemente, técnico-científico. De acordo com Cartens e Periotto (2010), são diversos os diálogos a respeito das dimensões do efetivo das Polícias Militares, entretanto, a condução das discussões têm por base padrões conservadores. Destes padrões,

efluem erros veiculados pela imprensa e reproduzidos pela população em geral.

Assim sendo, segundo a SENASP (2007), não é possível apontar a proporção desejável entre habitantes e policiais, visto que há a influência de especificidades regionais, disponibilidade de recursos humanos e materiais, formação/capacitação policial e questões de natureza social. Assim, a associação das conclusões de Carstens e Cariotto e os apontamos da SENASP convergem nitidamente, no que concerne à subjetividade da questão, não consistindo tais definições em uma visão reducionista. Não haveria, portanto, uma fórmula acabada.

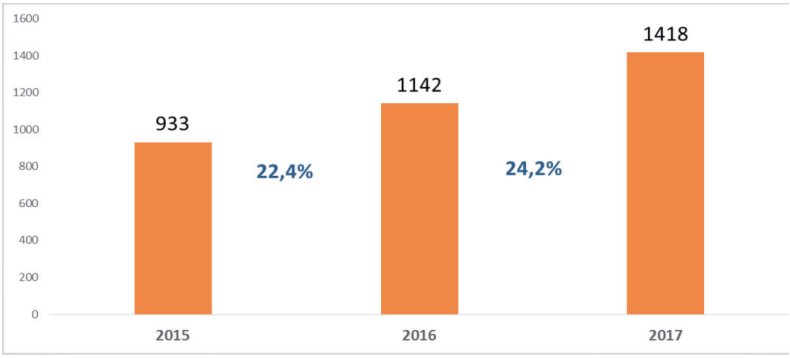
A SENASP (2007) apresenta a propositura de que um reduzido, porém qualificado, efetivo policial, com disposição de recursos materiais, é capaz de apresentar maior eficácia que um grande efetivo desprovido de formação e de recursos. Nesse sentido, *a redução do efetivo organizacional não implica na redução de sua ação perante a sociedade*. No entanto, em consonância com Valla (1999, p.59) defende-se que, também, não é possível reduzir a criminalidade apenas se intensificando a quantidade de policiais, mas por outro lado, além de profissionais devidamente selecionados, aos quais se deve disponibilizar formação inicial adequada e permanente capacitação (SILVA, 2017), deve haver um número mínimo

para realização do policiamento nas ruas, inclusive por segurança do próprio policial.

No Brasil, a atividade de policiamento ostensivo é exclusiva da Polícia Militar e, nesse sentido, entende-se que a insuficiência de policiais militares implicará, obrigatoriamente, na redução da ostensividade da atividade policial, devido à carência e/ou descontinuidade do processo de seleção e recrutamento.

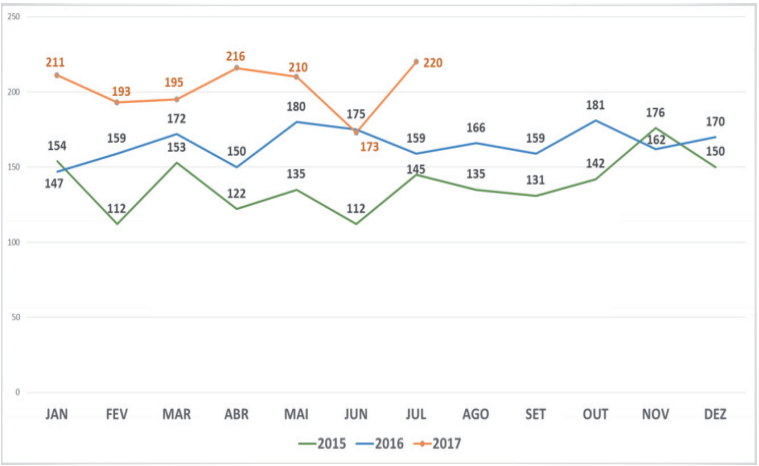
Os Gráficos 1 e 2 – Número de CVLI no RN de janeiro de 2016 julho de 2017, para uma visão panorâmica da ascendência das taxas criminais e, posterior inferência de correlação ou causalidade com o efetivo policial (déficit.

Gráfico 1 – Número de CVLI no RN de Janeiro de 2015 a julho de 2017



Fonte: COINE/SESED, 2017

Gráfico 2 – Número de CVLI no RN de Janeiro de 2015 a julho de 2017 (por meses)



Fonte: COINE/SESED, 2017

Após apresentação dos índices criminais apresentados nos Gráficos 1 e 2, onde se observa que a expansão da criminalidade, na forma de mortalidade violenta, é crescente, no RN, saltando de 933 homicídios em 2015, passando de 1100 em 2016, e chegando quase a 1500, apenas no primeiro semestre deste anos. Em outra perspectiva é constatada a seguir a redução do efetivo policial-militar que teve seu último processo seletivo para os cargos de soldados no ano de 2005.

Quadro 02 – Evasão e inserção de policiais na PMRN

Ano	Inclusão de PM	Evasão de PM	Saldo real no efetivo da PMRN
2000-2010	5.401	2.090	3.311
2011-2016	24	1.685	- 1.661
Totais em 16 anos	5.425	3.775	

Fonte: RIO GRANDE DO NORTE, 2017

Constata-se que pela ausência de política de ingresso regular na Policia Militar no Rio Grande do Norte, ao logo de uma década e meia, enquanto a população potiguar sai de pouco mais de 2 milhões e setecentos mil para quase 3.500 milhões de habitantes, o efetivo da PMRN que tinha 6.469, chegando a ter 9.780, no ano de 2010, atualmente, acordo com o último levantamento, conta apenas com 8.330 policiais militares.

É forçoso, enfatizar que, é de acordo com os últimos dados oficiais da corporação, é praticamente diária a redução dos quadros da PMRN, os quais ocorrem por diversos motivos, que serão abordados na seção seguinte.

Por ora é significativo ratificar que, apesar de que o número de policiais que realizam o policiamento ostensivo não deve ser o único fator a ser considerado como política de segurança pública para redução da criminalidade, mas esse é um importante aspecto, que aliados aos demais aqui explicitados podem contribuir para a redução de tais estatísticas.

Nesse sentido, é imperativo consignar que em discurso de passagem de comando, contabilizando a quarta mudança na PMRN, em menos de 3 anos, de 2014 a 2017, o comandante[3] exonerado enfatiza que, coincidência ou não, com a redução nos recursos para custeio da corporação, na ordem de mais 35 milhões anuais, para apenas 25, neste último ano, aliado ao déficit, cada vez mais é constatado um aumento significativo da violência e criminalidade, especialmente os CVLI, que se em uma década cresceu mais de 300%, nos últimos 2 anos e meio aumentou 46,6%, perfazendo a nefasto quantitativo de mais de 1400 homicídios no primeiro semestre de 2017.

Em uma correlação matemática simples, em países com índices de desenvolvimento humano (IDH), considerados

3 Disponível em: http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/rntv-2edicao/videos/t/edicoes/v/ex-comandante-geral-da-pm-faz-duras-criticas-a-seguranca-do-rn/6111304/. Acesso em: 30 ago 2017.

satisfatórios, adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU, 2015)[4], em que o Brasil figura na septuagésima quinta posição, especialmente os países europeus e nos Estados Unidos, a relação policial/habitante é, em média um policial para cada 250 habitantes. No Brasil, apenas o Distrito Federal e o Amapá estão dentro dessa proporcionalidade. E na média nacional, esse número chega quase a duplicar, chegando a quase 1 policial para cada 500 habitantes.

Na terceira e última parte do artigo aborda-se a problemática da ausência do planejamento de inclusão como política para suprir o déficit do efetivo e adequá-lo aos padrões técnicos sugeridos para otimização do policiamento ostensivo.

4. Planejamento da força de trabalho e segurança pública

A missão da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte é contribuir com a segurança da sociedade potiguar, por vias de políticas públicas norteadas para a defesa e promoção dos Direitos Humanos, especialmente por meio do policiamento ostensivo preventivo (BRASIL, 1998) e, também, a partir de outras ações relativas à segurança pública

4 Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf. Acesso em: 25 ago 2017.

e defesa social, inclusive suprindo deficiências do sistema prisional, sob o respaldo de assegurar a ordem jurídica e social, assim como garantir o bem-estar da coletividade, construindo e sendo um dos maiores responsáveis pela manutenção do Estado democrático no país.

Originariamente, com o advento da Constituição Federal de 1946, consignou-se às Polícias Militares a manutenção da ordem pública dos Estados, Distrito Federal e Territórios, assim como sua segurança interna, incluindo-se ações de caráter preventivo e repressivo, as quais poderiam ser empregadas pelos Estados, em caso de perturbações da ordem (MICHELSEN, 2010).

O policiamento ostensivo surge, oficialmente, a partir do Decreto Lei nº 317/1967, regulamentando a atividade policial fardada, de forma ostensiva, com atuação repressiva e preventiva. O Decreto-Lei nº 667/1969 determina às Polícias Militares o caráter exclusivo da atividade policial ostensiva, com respaldo da Emenda Constitucional nº 1/1969, que determina que o policiamento ostensivo fardado deve ser composto por policiais em duplas, patrulhas, postos, entre outros, executando atividades preventivas e repressivas, dotados de poder dispersivo, com organização em formato militar. Desse aspecto histórico cultural é reforçado o caráter, eminentemente, militarista que as policiais militares

construíram ao longo de sua história, sendo este período o mais contundente dela (BORGES FILHO, 1989).

Com o advento da CF/1988 é institucionalizada a responsabilidade dos governos estaduais a disponibilização de recursos para a atuação das polícias militares, com vistas à execução da atividade policial-militar pautada pelo princípio constitucional da legalidade, especialmente o da preservação da ordem pública, por meio das diversas modalidades e processos do policiamento ostensivo, podendo ser identificado pela sociedade a pé, montado, motorizado, quais sejam, terrestre, embarcado e/ou aéreo.

A PMRN apresenta, atualmente, um efetivo de 8.330 policiais, entre os quais 7.755 soldados, cabos, sargentos e subtenentes, principais executores do policiamento ostensivo nas ruas (PMRN, 2017). De acordo com a Comissão Multidisciplinar de acompanhamento ao Policial Militar (CMA-PM), considerando-se as restrições devido a problemas de saúde, nos cinco primeiros meses de 2017, nove policiais militares foram afastados devido à restrição por tempo indeterminado, dezesseis policiais militares sofreram restrição definitiva, ao passo que 563 policiais militares apresentaram restrições por motivos diversos (RIO GRANDE DO NORTE, 2017).

Observa-se que as restrições decorrentes de aspectos associados à questões de saúde dos policiais afetam consideravelmente o efetivo total, considerando-se o âmbito numérico. Este, portanto, é mais um fator que deveria fomentar a realização constante de concursos públicos para a Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte. No Quadro 3 tem-se uma panorâmica da distribuição do efetivo por cargos.

Quadro 03 – Quantitativo e idade da tropa de praças da PMRN, em 2017

Soldados		Cabos		3º Sargento	
Idade	Quantidade	Idade	Quantidade	Idade	Quantidade
20-30	126	20-30	36	20-30	1
31-40	1.766	31-40	2.096	31-40	225
41-45	150	41-45	1.261	41-45	218
46-50	19	46-50	554	46-50	170
51-55	4	51-55	21	51-55	59
56-60	0	56-60	0	56-60	0
Total	**2.065**	**Total**	**3.968**	**Total**	**673**

2º Sargento		1º Sargento		Subtenente	
Idade	Quantidade	Idade	Quantidade	Idade	Quantidade
20-30	0	20-30	0	20-30	0
31-40	72	31-40	9	31-40	0
41-45	111	41-45	131	41-45	34
46-50	200	46-50	239	46-50	145
51-55	46	51-55	33	51-55	28
56-60	0	56-60	0	56-60	1
Total	**429**	**Total**	**412**	**Total**	**208**

Fonte: RIO GRANDE DO NORTE, 2017.

A partir da observação da Quadro 03, é possível perceber que a predominância da idade entre os soldados é entre 31 e 40 anos, de maneira que há apenas 126 soldados na faixa etária de 20 a 30 anos. 36 cabos também estão nesta faixa etária e apenas um sargento completam o seguimento. O que os dados quantitativos demonstram é que o efetivo policial-militar no RN é bastante envelhecido, tendo em vista o lapso temporal de mais de 10 anos sem concurso público.

No período entre 2000 e 2016, a PMRN registrou um total de 3.775 profissionais excluídos de suas fileiras, contabilizando-se os policiais aposentados, demitidos, desertores, falecidos, licenciados, reformados, reprovados, desaparecidos, dentre outros, conforme elencado pelo Quadro 03. Por outro lado, no mesmo período ingressaram na corporação 5.425 policiais militares na PMRN. No entanto, é necessário destacar o constante e continuado aumento populacional no Estado, já enfatizado e que pode ser observado no Quadro 04, que especifica as inclusões e exclusões do efetivo da PMRN.

Quadro 04 – Apresentação das estatísticas de desligamento da PMRN

ANO	Incluídos	Excluídos	Efetivo	População RN	Policial/1.000 Habitante
2000	1.098	171	6.469	2.776.782	2,8
2001	991	248	-	-	-
2002		140	-	-	-
2003	25	156	-	-	-
2004	679	143	-	-	-
2005		191	-	-	-
2006	886	196	-	-	-
2007	39	210	-	-	-
2008	03	212	-	-	-
2009	776	222	-	-	-
2010	904	201	9.780	3.168.027	3,1
2011	17	242	-	-	-
2012	05	264	-	-	-
2013		330	-	-	-
2014	01	289	-	-	-
2015	01	247	-	-	-
2016		313	8.330	3.474.998	2,4
TOTAL	**5.425**	**3.775**	-	-	-

Fonte: RIO GRANDE DO NORTE (2017); IBGE (1991); (2000); (2010); (2016)

De acordo com o IBGE, em 1991, o Rio Grande do Norte apresentava uma população de 2.415.567 habitantes (IBGE, 1991). No ano de 2000, a população da referida unidade federativa era de 2.776.782 pessoas (IBGE, 2000). Em 2010, a população passou a 3.168.027 habitantes (IBGE, 2010). Se-

gundo estimativa do Instituto, o RN apresentou, em 2016, 3.474.998 habitantes (IBGE, 2016).

Isto posto, entre os anos de 1991 e 2000, a população em questão expandiu-se 14,9%. Entre 2000 e 2010, o aumento populacional foi de 14,01%, ao passo que entre o ano de 2010 e a projeção para 2016, a ampliação indicou um aumento de 9,7%.

Entre os anos 2000 e 2010, foram incluídos nas fileiras da PMRN 5.401 novos policiais militares. Todavia, 2.090 policiais militares deixaram os quadros da PMRN, resultando em um saldo real, em dez anos, de 3.311 policiais militares, implicando em um acréscimo de 51,19%. No entanto, já entre os anos de 2011 e 2016, foram incluídos nas fileiras da PMRN apenas 24 novos policiais militares. Por outro lado, 1.685 policiais militares deixaram os quadros da PMRN, resultando em um saldo real, em sete anos, negativo de 1.661 policiais militares, implicando em um decréscimo de 14,83%. (RIO GRANDE DO NORTE, 2017).

Como é possível observar no Quadro 04, o aumento de efetivo ao longo dos anos na PMRN não vem sendo proporcional ao aumento populacional. Nesse sentido, a incapacidade ou ausência de política governamental para mantença

contínua do processo seletivo/recrutamento para conservar estável a proporcionalidade do efetivo policial-militar com o aumento da população no Estado do Rio Grande do Norte deve ser considerado um fator que pode contribuir para incremento dos índices criminais no estado, especialmente, as taxas de homicídio. Evidentemente, devendo-se ser considerados outros fatores circunscritos à criminalidade, já expostos.

Considerando-se a expansão populacional do Rio Grande do Norte nas duas últimas décadas, tendo em vista o baixo saldo da inserção de novos policiais e, em consonância com os estudos de Lint (2004), evidencia-se a imperiosa necessidade do empreendimento de processos de seleção continuados, com ininterrupta periodicidade, visto que a realização de concursos esparsos resulta na disposição, à sociedade, de um policiamento precário, devido à insuficiência do contingente, sendo um fator catalisador importante a ser avaliado na expansão dos índices da criminalidade.

Entende-se que a PMRN se encontra no primeiro estágio da gestão de recursos humanos, visto que se visa alcançar as características do segundo estágio, que é a efetivação de políticas de RH, almejando-se a implementação constante de uma gestão que planeje, constantemente, a realização de

concursos públicos, com o permanente aperfeiçoamento da carreira dos servidores.

A partir dos estudos e pesquisas abordados, mesmo que o policiamento ostensivo não seja o único fator a ser considerado para redução dos crimes violentos letais e intencionais, este deve ser tomado como parâmetro técnico para utilização do policiamento, como assim o é adotado em outros países (ONU). Nesse sentido, sugere-se que levando em consideração a densidade populacional do RN seria necessário um efetivo de aproximadamente 13.899 policiais militares, isto é 1 policial militar para cada habitante. Como não é possível, em virtude da logística operacional da PMRN, a inclusão de aproximadamente 5.569 mil policias de uma única vez, sugere-se uma política de seleção/recrutamento continuada conforme o Quadro 5, observando-se, entretanto, o nível de escolarização[5] dos candidatos e, no máximo, de 500 alunos por semestre, dada a especificidade e complexidade da formação policial-militar (SILVA, 2017).

5 Essa proposta apenas seria exequível com a mudança na legislação passando a exigir nível superior para o cargo de soldado PM, como já é para policiais civis e agentes penitenciários do RN. Há uma projeto de lei tramitando Executivo e Legislativo para essa alteração.

Quadro 5 – Planejamento para seleção/inclusão de pessoal na PMRN

PMs existentes em 2017	PMs necessários	Ano de inclusão	PMs inclusos	Efetivo PM em 2023
8.330	5.569	2018	1000	13.889
		2019	1000	
		2020	1000	
		2021	1000	
		2022	1000	
		2023	1000	

Fonte: Autoria própria a partir da pesquisa

5. Considerações finais

A seleção e a formação continuadas na PM do Estado do Rio Grande do Norte são responsáveis pela disponibilização à sociedade de policiais militares capazes de lidar com as mais

variadas situações, com fulcro no saber técnico-científico e no respeito aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal (BRASIL, 1988). Tal assertiva assenta-se no argumento de que a qualidade da formação policial, vinculada à constante reposição de profissionais, resulta no quantitativo satisfatório de agentes de segurança pública, com perdas significativas ao longo de quase duas décadas, levadas a efeitos por processos seletivos descontinuados. Neste contexto, vislumbrou-se a carência de efetivo necessário para compor o policiamento ostensivo, que é, em parte, responsável pela redução da criminalidade, como restou demonstrado.

O processo de seleção continuado demonstra-se como formato eficaz de manutenção do efetivo, considerando-se que, em uma média anual, 208 policiais militares deixam de compor o efetivo da PMRN. Demonstrou-se, também, que há um *déficit* entre a quantidade de policiais que deixam de exercer suas atividades e o quantitativo de novos servidores, o que se deve pela não realização regular de processos seletivos, para recomposição do seu efetivo, resultando na impossibilidade de cumprimento integral das atribuições legais por parte da corporação.

Constatou-se, por vias teórica e estatística, que a redução do efetivo policial impacta no aumento da criminalidade,

devido a um menor número de policiais militares no atendimento das ocorrências, agravado, também, pelo aumento da idade da tropa, observando-se, ainda, a necessária contabilização das aposentações e as questões relativas ao adoecimento, bem como o continuado aumento populacional, o que demanda, portanto, da implementação de políticas, no sentido de promover-se uma constante seleção de candidatos ao cargo público efetivo de policial militar.

Referências

ALTHUSSER, Luis. **Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado**. Lisboa: Presença, 1974.

BAYLEY, David H. **Padrões de policiamento:** Uma análise comparativa internacional. São Paulo: EDUSP. 2011.

BICUDO, Helio. **A unificação das polícias no Brasil**. Estud. av. vol.14 no.40 São Paulo Sept./Dec. 2000.

BORGES FILHO, Nilson. **Estado e militarização**: as polícias militares como aparelhos repressivos de Estado. 1989.296 p. Tese (Pós-graduação) - Departamento de Pós-graduação do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.

BRASIL. **Lei nº 192/1936**. Reorganiza, pelos Estados e pela União, as Policias Militares sendo consideradas reservas do Exército. Rio de Janeiro. 1936.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal. Brasília. 1988.

CARNEIRO, Marcelo. **A realidade só a realidade**. Revista Veja. São Paulo: Editora Abril. ed. 2030, ano 40, nº 41, 2007.

CARSTENS, Paulo S. L.; PERIOTTO, Álvaro J. **Efetivo policial militar:** paradigmas e proposta metodológica para cálculo de necessidades. Formulação e gestão de políticas públicas no Paraná. Escola de Gestão. 2012.

CLARO, M. A. P. M.; NICKEL, D. C. **Gestão do Capital Humano**. p. 17-32, 2002: Disponível em: <http://

www.unifae.br/publicacoes/pdf/cap_humano/2.pdf> Acesso em 22 maio 2017.

FLEURY, Maria Teresa Leme; FISCHER, Rosa Maria. **Processo e relações do trabalho no Brasil**. São Paulo. Atlas, 2002.

FREITAS, W. R. S; JABBOUR, C. J. C.; SANTOS, F. C. A. Continuing the evolution: towards sustainable HRM and

sustainable organizations.

Business Strategy Series, v. 12, n. 5, p. 226–234, 2011.

GIL, Antonio Carlos. **Gestão de pessoas**: enfoque nos papeis Profissionais. São Paulo:Atlas. 2001.

_____. Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 184p.

GLOBO. G1. **País tem 1 PM para cada 473 habitantes, diz IBGE**. São Paulo. 2015. Disponível em:

<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/pais-tem-1-pm-para-cada-473-habitantes-diz-ibge.html>. Acesso em 10 maio 2017.

GOMES, Ricardo Batista. **A Contabilidade Gerencial como Instrumento de Apoio**

a Gestão das Micro e Pequenas Empresas. 2009. 43f. Trabalho de Conclusão de

Curso – Universidade Católica de Palmas. Goiânia – GO, 2009.

HARRIS, Davis. **Flint's police officer per resident ratio low compared to other Michigan cities despite rampant crime**. 2011. Disponível em: <http://www.mlive.com/news/flint/index.ssf/2011/07/flints_police_officer_

per_resi.html>. Acesso: 10 maio 2017.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 1991**. Brasília. 1991.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2000**. Brasília. 2000.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010**. Brasília. 2010.

LEVITT, Steven D. **Freakonomics**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: editora Contexto, 2014.

LINT, Willem. **Regulating autonomy**: Police discretion as a problem for training. Canadian Journal of Criminology, vol. 40, 2004.

MARCONI, Nelson. A evolução do perfil da força de trabalho e das remunerações nos setores público e privado ao longo da década de 1990.

Revista do Serviço Público. Ano 54. Número 1. Jan-Mar. 2003.

MARTINS, Raphael. **Os estados com o maior déficit de policiais por habitante**. Exame. 2015. Disponível em:

<http://exame.abril.com.br/brasil/brasil-tem-deficit-de-20-mil-policiais-em-seu-efetivo/>. Acesso em 18 maio 2017.

MICHELSEN, Cláudio Henrique. **A evasão no policiamento ostensivo: análise dos aspectos motivacionais no estudo de caso do 1º Batalhão de Polícia Militar do Rio Grande do Sul.** Monografia. UFRS. Porto Alegre. 2010.

MONET, Jean-Claude. **Polícias e sociedades na Europa**. Tradução de Mary

Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

(Série Polícia e Sociedade, n. 3)

NETO, Sergio Carrera de A. Melo. **Quantidade de policiais por número de habitante. Academia Dux**. 2013. Disponível em: <https://academiadux.wordpress.com/2013/10/14/quantidade-de-policiais-por-numero-de-habitantes/>. Acesso em 11 maio 2017.

PEDRO, Sebastião Rodrigues. **Modelação de processos**

de gestão de recursos humanos. Atlas da Conferência da Associação Portuguesa de Sistemas de

Informação. 2015. Disponível em: <http://capsi.apsi.pt/index.php/capsi/article/view/427>. Acesso em 12 maio 2017.

RIBEIRO, Márcio Fernandes. **Efeito da estrutura etária nas taxas de homicídios em regiões metropolitanas brasileiras (Natal-Recife-São Paulo)**. Dissertação (Mestrado). UFRN. Natal. 2012.

RICHARDSON, R. J. et al. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. 4. ed. rev. e aum. 8. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.

RIO GRANDE DO NORTE [Estado]. **História da PM**. Secretaria de Defesa Social. 2015. Disponível em: <http://www.pm.rn.gov.br/Conteudo.asp?

TRAN=ITEM&TARG=2400&ACT=null&PAGE=0&PARM=null&LBL=Hist%C3%B3ria>. Acesso em 11 abril 2017.

RIO GRANDE DO NORTE. Secretaria de Estado da Segurança Pública e da Defesa Social. **Comissão Multidisciplinar de acompanhamento ao policial militar sub-**

metido à junta policial militar de saúde - CMAPM. Natal. 2017.

ROCHA, Andréa Mara da Cruz; MORAIS, Márcia Reynaud. **A construção de uma metodologia para o planejamento da Força de Trabalho (PFT) no âmbito da**

Administração Pública do Estado de Minas Gerais. CONSAD. Belo Horizonte. 2003.

SAVARIS, M. C. **A função social da polícia ostensiva: uma discussão sociológica necessária**. Revista

Unidade, n. 41. Porto Alegre: Evangraf, 2000.

SENASP. Ministério da Justiça. **Efetivo das Organizações de Segurança Pública no Brasil 2001 – 2003. 2007**. Disponível em:

<http://www.mj.gov.br/senasp/estatisticas/estat_efetivos.htm>. Acesso em: 02 abr 2017.

SEVERINO, A. J. **Metodologia do Trabalho Científico**. 24.ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Cristina de Oliveira. et al. **Planejamento de força de trabalho no governo de Minas Gerais: inovações no levantamento de demanda de pessoal e otimização**

na provisão de recursos humanos. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 5, 2012, Brasília.

SILVA. João Batista da. **Formação policial e o processo de profissionalização nas Polícias Militares brasileiras**: uma análise a partir da experiência na Polícia Militar do RN.II Encontro Nacional de Pesquisas e Práticas em Educação – II ENAPPE. Linha Temática: Formação e Prática Docente, 2016. Disponível Em:<http://www.2enappe.ce.ufrn.br/enappe/?p=591> . Acesso em: 28 ago 2017.

_____. **A violência Policial militar e o contexto da formação profissional**: um estudo sobre a relação entre violência e educação no espaço da Polícia Militar do Rio Grande do Norte. 2009.129 p. Dissertação (Pós-graduação) - Departamento de Pós-graduação do Centro de Ciências Sociais Letras e Artes da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em: http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/13568/1/JoaoBSpdf.pdf. Acesso em: 25 ago 2017.

_____. Formação policial-militar no século XXI; diagnósticos e perspectivas. Natal: Fundação José Augusto, 2017 (Coleção Cultura Potiguar). (No prelo).

SILVA FILHO, José Vicente. **Estratégias policiais para a redução da violência**. FAAP. IFBE. São Paulo. 1999.

SOUSA, M.J.; DUARTE, T.; SANCHES, P.G.; GOMES, J. **Gestão de Recursos Humanos: Métodos e práticas**. Lisboa:Edições Lidel. 2006.

STIVE. Law Enforcement. PMRN: **Conheça a Polícia Militar do Rio Grande do Norte**. 2016. Disponível em: <https://www.stive.com.br/4125-policia-

militar-do-estado-do-rio-grande-do-norte.html>. Acesso em 20 maio 2017.

STONER, J. A.; FREEMAN, R. E. **Administração**. Tradução: Alice Alves Calado. 5.ed. LTC. 1999.

TACHIZAWA, Takeshi. **Gestão com pessoas: uma abordagem aplicada às estratégias de negócios**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

VALLA, Wilson Odirley. **Doutrina de Emprego de Polícia Militar e Bombeiro Militar**. 1. ed. Curitiba: Optagraf, 1999.

WAISELFISZ, J.J. **Mapa da Violência 2016**: homicídios por armas de fogo no Brasil. Rio de Janeiro, FLACSO/CEBELA, 2016. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/>. Acesso em 19 maio 2017.

WILSON, Jeremy & WEISS, M. Alexander. **A perfor-**

mance-based approach to police staffing and allocation. ISBN 978-1-932582-60-4. Michigan, Michigan State University, 2012. Disponível em: <http://acapp.msu.edu/sites/default/files/files/041218461_Performance_Based_Approach_Police_Staffing_FINAL100112.pdf>. Acesso 11 maio 2017.

YIN, R. K. Estudo de caso. **Planejamento e método**. 5a ed. Bookman. São Paulo. 2012.

CAPÍTULO 3

AS FUNÇÕES E OS PRINCÍPIOS GERAIS DA PENA COMO LIMITADORES DO *JUS PUNIENDI ESTATAL*: UMA ANÁLISE À LUZ DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO

JADSON EVARISTO DA SILVA FABRÍCIO

ROGÉRIO EMILIANO GUEDES ALCOFORADO

1. Introdução

A teoria da pena, especialmente no que se refere aos seus princípios e funções, é um tema que tem estimulado um intenso debate acadêmico. O exercício do poder punitivo estatal, concretizado pela aplicação de uma sanção penal ao indivíduo que, com sua conduta, violou uma norma penal, não é ilimitado e, para que seja legítimo, deve observar determinados limites que são impostos.

São os princípios e as funções da pena que funcionarão como limites ao poder punitivo estatal, revelando-se como instrumentos de defesa que são titularizados pelo indivíduo face aos possíveis excessos que o Estado pode vir a cometer no instante da aplicação e execução de uma sanção penal. No entanto, a realidade carcerária brasileira vem demonstrando que as sanções penais aplicadas pelo Estado

não têm observado o que determinam os princípios e as funções da pena.

A pena privativa de liberdade tem se apresentado, na prática carcerária, como uma sanção penal de cunho degradante e violadora da dignidade humana, manifestando-se como um verdadeiro flagelo que é imposto ao apenado por parte do Estado. Considerando as evidentes violações aos princípios e funções da pena, especialmente na realidade brasileira, vários trabalhos têm buscado fomentar o debate acadêmico e resgatar a importância dos princípios e funções da pena para a (re)afirmação de um sistema penal que garanta a proteção da dignidade humana. É exatamente nesse contexto que a presente pesquisa se coloca.

O objetivo principal da pesquisa é apontar a importância do respeito aos princípios e funções da pena como manifestação de um Direito Penal Mínimo e, consequentemente, como uma possibilidade na superação do grave problema da violação dos direitos fundamentais do apenado no âmbito do sistema prisional brasileiro. Na concretização do objetivo principal da pesquisa, três outros objetivos específicos serão traçados. Esses objetivos corresponderão aos três capítulos presentes no desenvolvimento do texto.

No Capítulo 2, serão apresentadas as clássicas teorias que

têm como finalidade explicar as funções da pena. Em um primeiro momento, serão apresentados os principais elementos que integram a conceituação das teorias absolutas/retributivas e relativas/preventivas da pena, comparando-as e traçando os seus principais pontos de diferença, para, ao final, sugerir qual delas seria a teoria mais compatível com o modelo de Estado Constitucional vigente no Brasil.

No Capítulo 3, a análise recairá sobre os princípios fundamentais da pena. Não serão analisados todos os princípios que procuram nortear a aplicação de uma sanção penal, pois os limites colocados para esta investigação não permitem, de modo que o trabalho será voltado para a análise daqueles que seriam tidos como os mais importantes princípios fundamentadores da pena, levando-se em conta, claro, o objetivo principal da pesquisa. Nesse passo, o princípio da dignidade da pessoa humana, na qualidade de tronco do qual derivam todos os demais princípios, ganhará especial atenção.

No Capítulo 4, por sua vez, se buscará demonstrar que a visão maximalista do Direito Penal, somada ao uso abusivo das prisões cautelares, têm se mostrado como fatores que contribuem para o grave Estado de Coisas Inconstitucional que se instalou no sistema carcerário nacional. Desse modo, adotar uma postura minimalista, pautada por um Direito Penal Mínimo, mostra-se como uma possibilidade de se superar as

graves violações aos princípios fundamentais da pena perpetradas no âmbito do sistema prisional brasileiro.

Para que sejam alcançados os objetivos propostos, a metodologia utilizada será baseada, predominantemente, na análise e interpretação de livros, artigos e periódicos que abordem a temática dos princípios e funções da pena e, de igual forma, a relacione com uma postura minimalista do direito penal. Especialmente no que toca a descrição do estado de coisas do sistema carcerário nacional, os dados de uma pesquisa realizada pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, vinculado ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, serão de fundamental importância para este fim.

2. A função preventiva da pena como fator de humanização no cárcere

O ato de aplicação da pena (espécie de sanção penal), que aqui será utilizada como termo sinônimo de sanção penal, é uma "consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal"[1]. Essa aplicação de uma

1 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 533.

sanção penal como consequência da prática de um crime por parte de um determinado indivíduo é o meio pelo qual se vale o Estado para fazer valer o seu poder punitivo, ou seja, para fazer valer o seu *ius puniendi*.

O *ius puniendi* estatal pode ser entendido sob dois aspectos, um aspecto objetivo e outro de cunho subjetivo. Em seu aspecto objetivo (*ius poenali*), o poder punitivo do Estado é analisado em seu viés abstrato, correspondendo ao próprio Direito Penal, isto é, ao próprio conjunto de normas que proíbem determinadas condutas e cominam penas para quem as pratica. Noutra banda, o aspecto subjetivo do poder punitivo estatal (*ius puniendi*) materializa-se, desta feita, concretamente, caracterizado como o poder-dever que é conferido ao Estado para aplicar a sanção penal em desfavor daquele que praticou qualquer das condutas proibidas em lei.

É o *ius puniendi* em seu aspecto subjetivo que mais interessa para a presente pesquisa, isto é, será dada especial atenção à forma pela qual o Estado, por meio do Poder Judiciário, "executa suas decisões contra alguém que descumpriu um comando normativo, praticando uma infração penal, vale dizer, um fato típico, ilícito e culpável"[2].

2 GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 19.

Duas são as teorias de maior importância e relevância que buscaram apontar quais deveriam ser as funções da pena, nominadas de teorias absolutas ou retributivas da pena e teorias relativas ou preventivas da pena. Nesse sentido, Ferrajoli coloca que:

> São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como "castigo", "reparação" ou, ainda, "retribuição" do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, "relativas" todas as doutrinas *utilitaristas*, que consideram e justificam a pena enquanto *meio* para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.[3]

As funções da pena podem ostentar, portanto, desde um caráter nitidamente absolutista ou retributivo, que apenas tem por finalidade a demonstração do poder do Estado por meio da retribuição com um mal, o mal praticado pelo transgressor da norma penal; até as funções preventivas, que demonstram uma maior preocupação em prevenir a ocorrência de novas infrações penais. Fato é que, indubitavelmente, a sanção penal, ao ser aplicada pelo Estado, de

3 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 204.

uma forma ou de outra, estará exercendo uma determinada função perante o corpo social.

2.1. Teoria absoluta (retributiva) da pena

Ao definir o que seria a teoria absoluta ou retributiva da pena, Bitencourt coloca que:

> Entende-se melhor a ideia de pena em sentido absoluto quando se a analisa conjuntamente com o tipo de Estado que lhe dá vida. As características mais significativas do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre moral e o direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano lhe era concedido diretamente por Deus.[4]

As teorias retributivas buscam emprestar à pena um fim em si mesma, isto é, a pena seria uma demonstração da afirmação do poderio estatal, longe de preocupar-se em proporcionar a reparação do dano causado ou mesmo a prevenção de novos delitos, tendo por objetivo apenas assegurar a integridade do Estado soberano.

As teorias absolutas ou retributivas buscam na pena, por-

4 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 120.

tanto, como a própria denominação já coloca, uma função nitidamente retributiva ao indivíduo que praticou uma determinada infração penal. Desse modo, seria por meio da sanção penal que o Estado retribuiria com um mal, que nesse caso é a própria pena, o mal causado pelo infrator.

Com base nesse entendimento, o ideal de justiça para a teoria absoluta da pena é que esta funcione como um castigo, que por sua vez tem a finalidade de retribuir o mal anteriormente causado pela conduta daquele que cometeu uma infração penal, sendo a sanção penal um fim em si mesma. Nesse sentido é a lição de Bitencourt:

> Por meio da imposição da pena absoluta não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar a justiça. A pena é um fim em si mesma. Com a aplicação da pena consegue-se a realização da justiça, que exige, diante do mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor. Castiga-se *quia peccatur est*, isto é, porque delinquiu, o que equivale a dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídico-penal do delito praticado.[5]

As teorias absolutas da pena não encontram guarida no sistema constitucional brasileiro. Ao tratar aquele que cometeu

5 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 122.

um determinado crime como mero objeto da reação Estatal por meio da manifestação do seu poderio, as teorias absolutas acabam por se distanciar do princípio da dignidade da pessoa humana, elencado como fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988[6].

A aplicação de uma sanção penal deve encontrar nos direitos e garantias fundamentais do cidadão um limite que impeça que o Estado penetre em uma zona que não poderá ser violada, que é a dignidade humana, nem que seja sob o pretexto de se punir o mais cruel dos criminosos, sob pena de clara violação à própria Constituição Federal. No mesmo sentido, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, datada do ano de 1789, ainda em plena vigência no direito francês, em seu artigo 16, estabelece que "qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição"[7]. O respeito aos direitos e garantias fundamentais, em última análise, representa uma clara manifestação da força normativa da Constituição.

6 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: III - a dignidade da pessoa humana.

7 Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>.

Em parecer elaborado em razão de consulta realizada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), que serviu como base para o ajuizamento da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* - ADPF 347/DF, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu o "*Estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro*"[8], Juarez Tavares consignou:

> Depois da Segunda Guerra Mundial, especialmente com a edificação de Estados regidos por uma Constituição, cuja guarda foi cometida às Cortes Constitucionais, as quais passaram a enfatizar a subordinação do poder de punir à demonstração de sua efetiva utilidade para a pessoa humana e a sociedade (*princípio da idoneidade*), a doutrina penal vem demonstrando certo desprezo pelas teorias absolutas ou retributivas.[9]

As teorias absolutas, portanto, não refletem o valor constitucional da dignidade humana e não demonstram qualquer fundamento utilitarista para a sanção penal, razão pela qual não podem ser admitidas em um Estado Constitucional

8 O Estado de Coisas Inconstitucional releva, em apertada síntese, um quadro de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declarando a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 21.

9 Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589053&ad=s#7%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%202>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

que, por sua vez, preza pelo respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos.

2.2. Teoria relativa (preventiva) da pena

A teoria relativa vislumbra na sanção penal uma finalidade para além de um simples instrumento de vingança de que se vale o Estado para punir o infrator da norma penal. Elas demonstram uma maior preocupação com a prevenção na ocorrência de novas infrações penais, quer seja utilizando a aplicação de uma sanção penal como uma mensagem aos demais indivíduos do grupo social para que não cometam crimes, quer seja, e aí é que se coloca a sua grande importância, adotando mecanismos para que aquele que cometeu um delito não volte a repetir a conduta anteriormente praticada.

No que se refere à diferenciação entre as correntes absolutas e preventivas da pena, Bitencourt coloca que:

> As teorias relativas da pena apresentam considerável diferença em relação às teorias absolutas, na medida em que buscam fins preventivos posteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social. Para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua comissão. Se o

> castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinquiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir.[10]

As teorias preventivas da pena costumam apresentar duas vertentes, quais sejam, a prevenção geral – negativa ou positiva; e a prevenção especial – negativa ou positiva.

A prevenção geral tem como objetivo atingir a coletividade de forma que possa exercer sobre ela uma coação pautada na finalidade de se prevenir que os membros desta sociedade venham a transgredir as normas penais. Ostenta um caráter nitidamente intimidativo, porquanto busca incutir na consciência geral as consequências graves que sofrem aqueles que transgridem a norma penal, "evitando-se assim, que as demais pessoas que se encontram com os olhos voltados para a condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal"[11].

A vertente da prevenção geral positiva busca, por sua vez, "infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito;

10 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 138.

11 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 537.

promovendo, em última análise, a integração social"[12]. A prevenção especial, por sua vez, é dirigida ao próprio infrator da norma penal, que sai da posição de mero objeto da fúria Estatal e assume a posição de sujeito de direitos que deve ser respeitado e que, em favor dele, devem ser dirigidos mecanismos capazes de reintegrá-lo ao meio social.

Na prevenção especial negativa "existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere"[13]. Já na prevenção especial positiva, que é a vertente mais utilitarista que a aplicação da pena pode alcançar, há a promoção do uso de instrumentos, dentro e fora do cárcere, que possam viabilizar a correção do apenado, ressocializando-o e preparando o seu retorno ao convívio social.

Bittencourt, fazendo referência à doutrina de Von Liszt, sintetiza os objetivos das teorias preventivo-especiais:

> A necessidade de pena, segundo Von Liszt, mede-se com critérios preventivo-especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressociali-

12 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 538.

13 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 538.

> zação e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis.[14]

Conforme se faz possível perceber, a função preventiva da pena dialoga estreitamente com o que estabelece a CF/88, mormente pela racionalização da aplicação e execução da sanção penal que promove e, bem assim, pela adoção de uma postura que respeita, pelo menos em tese, o princípio da dignidade da pessoa humana, já que não vislumbra o apenado como mero objeto da sanção penal, mas sim, como sujeito de direitos que, mesmo sofrendo a imposição de uma pena, não poderá ter o núcleo de sua integridade física e moral atingido.

Além de preocupar-se, obviamente, com os efeitos que a conduta criminosa promove perante o meio social, o que se denomina de prevenção geral, a teoria preventiva da pena demonstra preocupação também com aquele que praticou a conduta delituosa, o que se denomina de prevenção especial. Representa, pois, um avanço em relação às teorias retributivas da pena, que encontravam na sanção penal uma finalidade em si mesma.

14 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146.

Para o critério preventivo, a sanção penal encontra uma finalidade mais humanizada, não sendo mais um fim em si mesma, mostrando-se como um meio necessário para a correção moral do apenado, já que lhe oportuniza, ou pelo menos deveria lhe oportunizar, dentro do cárcere e fora dele, meios para que possa evoluir como pessoa e não reiterar na conduta criminosa.

Nesse passo, o maior avanço que pode ser atribuído à perspectiva preventiva é o de não relegar em segundo plano a dignidade do acusado, tratando-o como mero objeto do processo criminal. Em verdade, passa a tratá-lo como pessoa humana que é, já que o indivíduo não perde a condição de pessoa humana apenas porque praticou uma conduta desvaliosa aos olhos do Direito Penal. Uma condenação criminal não tem o condão de retirar a dignidade daquele que praticou o fato definido como delituoso, ao contrário do que, infelizmente, ainda é defendido nos dias atuais.

A sanção penal imposta pelo Estado, para que seja tida como legítima, deve ter como função a prevenção, tomada sob os aspectos geral e especial e, bem assim, a ressocialização do apenado. Não é mais possível, nem tampouco admissível, no âmbito de um Estado Constitucional Democrático, que tem a Constituição Federal no centro do ordenamento jurídico e como fim a realização da pessoa humana, que a sanção

penal funcione apenas como um instrumento de vingança de que se vale o Estado para exterminar o transgressor da norma penal.

Portanto, o respeito à função preventiva da pena, aliada ao respeito aos seus princípios fundamentais, funcionam como fatores legitimantes que, se devidamente obedecidos pelo Estado no caso concreto, autorizam a devida aplicação de uma sanção penal. Entretanto, o Código Penal (CP), que é de 1940, adota, como teoria fundamentadora da pena, segundo coloca Greco, uma teoria mista:

> Em razão da redação contida no caput do art. 59 do Código Penal, podemos concluir pela adoção, em nossa lei penal, de uma teoria mista ou unificadora da pena.
>
> Isso porque a parte final do caput do art. 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção.[15]

A normatividade do art. 59 do Código Penal não permite que se afaste a perspectiva retributiva de forma definitiva[16].

15 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 539.

16 Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências

No entanto, mesmo que não se possa afastar a perspectiva retributiva do sistema penal brasileiro, em razão da própria disposição do art. 59 do Código Penal, ou até que o Supremo Tribunal Federal eventualmente a declare inconstitucional, ela deve esgotar-se na fase de dosimetria da pena, servindo apenas como uma baliza dentro da qual será estabelecida a pena que será cumprida pelo sentenciado. Pacelli e Callegari, baseando-se nas lições de Roxin, comungam do mesmo entendimento:

> Em sua teoria dialética *unificadora* da pena, Claus ROXIN se vale de raciocínio semelhante, ao posicionar a retribuição (pelo fato praticado) como *limite máximo* da pena a ser imposta. Para ele, então, a retribuição não *justifica*, mas oferece o *limite* à pena.[17]

Arrematam os autores que:

> Mas, não – e jamais – como fator de justificação da pena, mas como critério máximo de determinação de sua medida. Se a prevenção *justifica* os *fins* escolhidos para a pena, a retribuição ou medida da reprovação *legitima* a pena escolhida. Se a única finalidade da pena fosse a de prevenir delitos futuros por que não se aplicar uma e mesma sanção a todos os casos? Não se cumpriria, então,

do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção** do crime.

17 PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p.453

> a missão preventiva? Naturalmente, a culpabilidade *pelo fato específico* poderia atenuar o problema, mas não resolvê-lo.[18]

Os aspectos das teorias preventivas são os que mais se relacionam com o modelo de Estado Constitucional vigente na realidade brasileira. Por outro lado, muito embora as teorias absolutas não sejam compatíveis com a Constituição, fato é que que a extensão do dano provocado pela infração penal praticada é importante fator de orientação na fixação da reprimenda que será adotada no caso concreto, sob pena de serem aplicadas sanções penais desproporcionais ao delito que se praticou.

Pode-se dizer, então, que a perspectiva retributiva deve orientar o aplicador do direito apenas por ocasião da individualização da pena no momento da sentença e nela deve se esgotar. No passo seguinte, que é o momento de execução da pena aplicada, será observada apenas a perspectiva preventiva, em especial a prevenção especial, que se volta para a finalidade de ressocialização do apenado.

18 PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p.453

3. Princípios fundamentais da pena

Em um Estado Constitucional Democrático, onde a Constituição Federal habita o centro de todo o ordenamento jurídico (princípio da supremacia da Constituição) e da qual todas as outras normas retiram o seu fundamento de validade, os princípios ganham especial importância dentro do sistema, posto que são alçados à categoria de normas jurídicas, de obediência obrigatória e densidade normativa capaz de vincular toda a atuação do Estado, quer seja quando o Estado legisla (Poder Legislativo), administra o interesse público e executa/aplica as normas editadas pelo parlamento (Poder Executivo) ou resolve os conflitos com definitividade mediante a aplicação da lei ao caso concreto (Poder Judiciário). Nesse sentido é a lição de Bonifácio, que assim escreveu:

> O princípio da supremacia da Constituição é um dos pilares do sistema jurídico e é resultado da autoridade legitimada pelo processo constituinte. A compreensão desse princípio e sua importância para a ordem jurídica trazem por implicação o reconhecimento da vinculação formal e material das demais fontes do direito à Constituição Federal, conferindo a unidade e a coerência essenciais ao funcionamento da ordem jurídica.[19]

19 BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008. p. 30.

A corrente neoconstitucionalista, presente na realidade constitucional contemporânea, inclusive na brasileira, tem como característica, além da já vista força normativa da Constituição (princípio da supremacia da Constituição), o princípio da dignidade da pessoa humana, ambos como valores supremos e servindo de ponto de partida para o exercício da hermenêutica constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, pode ser visto como o tronco do qual derivam todos os demais princípios fundamentais. À mesma ideia filia-se Barroso:

> A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais.[20]

Em se tratando do âmbito do direito penal, os princípios ganham especial destaque já que funcionam como limitadores do poder punitivo estatal. Da mesma ideia compartilha Greco, que afirma:

20 BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 285.

> Dentro da concepção de uma Estado Constitucional e Democrático de Direito, os princípios penais fundamentais, expressos ou implícitos nos textos constitucionais, funcionam como limites internos do *ius puniendi*, tendo todos eles como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.[21]

Nas linhas seguintes serão analisados alguns dos princípios fundamentais da pena que, como já dito, funcionam como limitadores ao poder punitivo estatal.

3.1. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, além de ter o seu fundamento previsto na Constituição Federal de 1988[22], também encontra previsão no Código Penal[23]. Trata-se de um princípio que é basilar em qualquer Estado de Direito, constituindo-se em uma "chave mestra de qualquer

21 GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 112.

22 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: **XXXIX** - *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*

23 Art. 1º - *Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

sistema penal que se pretenda racional e justo"[24].

Não adentrando na questão de se estabelecer as suas origens, tarefa que não é das mais fáceis, insta salientar que o princípio da legalidade é importante instrumento de garantia de segurança jurídica do cidadão, representando uma importante ferramenta contra atitudes irracionais que possam ser tomadas pelo Estado, ou, melhor dizendo, por aqueles que dirigem o Estado, afinal, "o governo das leis aparece como um ideal em face do governo dos homens"[25]. Nilo Batista também comunga do mesmo entendimento:

> O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas a acepção da "previsibilidade da intervenção do poder punitivo do Estado", que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do "sentimento de segurança jurídica" que postula Zaffaroni.[26]

24 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.65

25 GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 52.

26 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.67.

Voltando-se para a análise das repercussões do princípio da legalidade no âmbito penal, importa dizer que, além da legalidade de cunho formal, que representa o respeito aos trâmites postos pelo ordenamento jurídico para que se possa aprovar uma nova medida legislativa, o respeito ao rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (legalidade material) também se coloca como principal meio de contenção de eventuais abusos que possam ser praticados pelo Estado por ocasião da edição uma lei em sentido amplo.

Greco cita, ainda, quatro funções fundamentais que o princípio da legalidade executa dentro da esfera penal:

> 1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); 3ª) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).[27]

Não obstante a necessária observância do princípio da legalidade por parte do poder público em toda a sua atuação, quando o assunto é o sistema carcerário nacional parece que

27 GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58.

a legalidade é propositalmente esquecida. A omissão das autoridades brasileiras acabou permitindo que fosse criado, dentro do cárcere, um ambiente totalmente contrário ao que dispõe o ordenamento jurídico pátrio, dando azo a um verdadeiro ambiente de "paralegalidade", isto é, um ambiente que possui os seus próprios princípios e regras, propiciando o fortalecimento da atuação das facções criminosas.

Em artigo publicado no portal *Justificando*, Eduardo Januário Newton coloca que:

> Nesse momento, uma importante lição não pode ser ignorada, qual seja, o Estado de Direito, em síntese, deve ser compreendido como a observância do ordenamento jurídico por todos, inclusive pelo Poder Público. E é aqui o busílis, pois é sabido que os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade por ordem de uma autoridade judicial são rotineiramente ignorados, tendo a Lei de Execução Penal, mesmo com suas incompatibilidades com o Texto Constitucional, adquirido a condição de obra de ficção que dificilmente será cumprida em um longínquo futuro.[28]

28 NEWTON, Eduardo Januário. *Diante da ilegalidade do sistema prisional*: o que pode ser feito? Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/26/diante-da-ilegalidade-do-sistema-prisional-o-que-pode-ser-feito/>. Acesso em 15 de agosto de 2017.

Tratando ainda do princípio da legalidade no âmbito penitenciário, segundo Rogério Greco, "parece que, após o transito em julgado da sentença penal condenatória, quando o agente que praticou a infração já se encontra cumprindo, efetivamente, a pena que lhe foi imposta pelo Estado, esquecemo-nos do princípio da legalidade"[29].

Em arremate, o princípio da legalidade representa uma clara manifestação do Estado de Direito, motivo pelo qual deve ser observado pelo Poder Público em todos os âmbitos de sua atuação, seja na prestação de qualquer serviço público, ou até mesmo na administração das prisões, não importando quem seja o destinatário, se pessoa solta ou pessoa presa.

3.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

Como já afirmado linhas atrás, o princípio da dignidade da pessoa humana é o tronco do qual derivam todos os demais direitos que compõem o núcleo de proteção direcionado ao indivíduo enquanto pessoa. Devido a sua elevada importância, foi alçado pelo legislador constituinte ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, consoante estabelece o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

29 GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 64.

Pela amplitude e subjetividade do termo, não parece ser prudente, e nem é o objetivo da pesquisa, qualquer tentativa em estabelecer um conceito pronto e acabado do que seria a dignidade da pessoa humana, já que, muitas vezes, o seu conteúdo será construído pelo aplicador da norma em consonância com os dados que um determinado caso concreto apresentar.

Todavia, vários são os planos ou dimensões em que se é possível analisar o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, para os fins deste trabalho, o foco será voltado para o plano da dignidade humana como valor intrínseco do indivíduo. Claramente, os direitos à vida, à integridade física e à integridade moral ou psíquica, decorrentes do núcleo básico da dignidade humana, são os aspectos da dignidade humana mais violados pelo cárcere brasileiro.

No que se refere à dignidade humana como valor intrínseco do indivíduo, Daniel Sarmento, em referência ao pensamento de Immanuel Kant, coloca que:

> A mais célebre formulação da ideia de valor intrínseco da pessoa é de Immanuel Kant. Como se sabe, Kant elaborou uma teoria moral deontológica, fundada em imperativos categóricos – normas passíveis de universalização, que são válidas incondicionalmente para todos e em todas as situações. A segunda versão do imperativo

> categórico kantiano consagra exatamente o valor intrínseco das pessoas. Trata-se da chamada "fórmula do fim em si mesmo": "Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim, e nunca simplesmente como um meio.[30]

Voltando-se especificamente para a relação entre dignidade da pessoa humana e sistema prisional, o princípio da dignidade da pessoa humana, ou, como é denominado mais especificamente na teoria da pena, o princípio da humanidade das penas, ganha ainda maior importância. A pessoa presa não deixa de ser pessoa humana – muito embora na prática o que se costuma ver é o inverso – pelo simples fato de se encontrar cumprindo pena.

Não é de se negar que para considerável parte da sociedade, quanto pior for a situação do apenado, quanto maior for o flagelo que o cumprimento da pena lhe proporcionar e mais humilhante for a sua situação no cárcere, mais eficaz

30 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 106. É importante esclarecer que, na verdade, o imperativo categórico é um só, não são vários; o que acontece é que ele pode assumir três formulações distintas. Isso não compromete o raciocínio de Sarmento que acerta em identificar "fórmula da humanidade" como uma dessas versões. ALCOFORADO, Rogério Emiliano Guedes. *Uma (re)leitura teleológica da filosofia moral em Kant*: por uma necessidade de inclusão do homem na natureza. Dissertação (Mestrado em Filosofia) –Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Programa de Pós-graduação em Filosofia, 2009.

será a pena, ou, como se costuma dizer, melhor se estará "fazendo justiça".

Neste momento, é importante destacar que o clássico conceito de democracia, simplesmente definida como "o governo da maioria" ou "a vontade da maioria" não pode ser mais aceito, sem qualquer ressalva, nos dias atuais. Considerando os ideais encampados pela Constituição Federal de 1988, acompanhada por várias outras Constituições ao redor do mundo, o ideal de democracia está ligado umbilicalmente à ideia da concretização dos direitos fundamentais. Por obvio, as decisões políticas fundamentais, por força do princípio do sufrágio universal, fatalmente serão tomadas pelo consenso atingido pela maioria dos cidadãos do Estado. Lado outro, não é porque as principais decisões do Estado são tomadas pela maioria que as minorias serão esquecidas ou mesmo terão contra si impostas as decisões tomadas pela maioria, independentemente do teor do seu conteúdo. Não é disso que se trata.

Democracia deve ser entendida como a prevalência do respeito aos direitos fundamentais, que não pertencem apenas a uma determinada maioria, caracterizando-se como direitos universais, pois que pertencentes a todos os indivíduos enquanto pessoas humanas que são, independentemente do *status* jurídico que tenham, isto é, independentemente

de se encontrarem na situação de pessoas reclusas ou não. Ferrajoli compartilha do mesmo entendimento:

> A essência do constitucionalismo e do garantismo, quer dizer, daquilo que denominei de 'democracia constitucional', reside precisamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, que postula como consequência uma concepção e equilíbrio ente poderes, de limites de forma e de substancias a seu exercício, de garantias dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e de reparação contra suas violações. Assim, neste Estado Constitucional e democrático de direito é que encontraremos o fundamento de validade do ius puniendi, bem como suas limitações. É um Estado em que os direitos humanos deverão ser preservados a qualquer custo. Como diz precisamente Norberto Bobbio, 'o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das constituições democráticas'.[31]

Desse modo, com sustentáculo na afirmação de Ferrajoli, conclui-se que o poder punitivo estatal (*ius puniendi*) apenas encontrará o seu fundamento quando a sanção penal aplicada pelo Estado respeitar, em sua inteireza, a dignidade humana e os demais valores a ela inerentes. Na qualidade de reitor de todos os demais princípios aplicáveis à pena, o princípio da humanidade das penas manifesta-se mesmo

31 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

antes da efetiva aplicação e execução da sanção penal por parte do Estado. O legislador, ao editar tipos penais e cominar as suas respectivas sanções, deve observar os limites estabelecidos pela CF/88, dentre eles encontrando-se a dignidade humana[32].

Ao analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, aduz Greco:

> Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza aflitiva, a exemplo dos açoites, das mutilações etc. Da mesma forma, estaria proibida a instituição da tortura como meio de se obter a confissão de um indiciado/acusado (por maior que fosse a gravidade, em tese, da infração penal praticada).[33]

No entanto, a proteção conferida pelo ordenamento jurídico à dignidade do indivíduo enquanto pessoa, mormente àqueles que habitam o cárcere brasileiro, parece não gozar da

32 A **CF/88** reza, em seu **art. 5º, XLVII**, que não haverá penas: **a)** de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; **b)** de caráter perpétuo; **c)** de trabalhos forçados; **d)** de banimento; **e)** cruéis. O art. 5, em seu inciso XLIX, prevê que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

33 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 101.

força vinculante necessária para que se possa coibir os abusos praticados por parte do poder público. O *Estado de Coisas Inconstitucional* do sistema prisional brasileiro, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da apreciação da ADPD 347/DF, é um exemplo disso. O voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ação, é marcante nesse sentido:

> Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento. Sofrem com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha.[34]

Em outro trecho do seu voto, arremata o Ministro Relator que "os presos tornam-se "lixo digno do pior tratamento possível", sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre"[35]. Todavia, em um Estado Constitucional Democrático, que tem como um de seus fundamentos o princípio da dignidade humana, não é possível tolerar que pessoas, mesmo que se encontrem na condição de reclusas, tenham a sua dignidade reduzida.

34 Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

35 Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

3.3. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade encontra-se como um princípio implícito na CF/88, fruto da interpretação conjunta dos dispositivos constitucionais. A sanção penal deve revestir-se dos caracteres da proporcionalidade. A ideia de uma pena proporcional liga-se a uma ideia de correspondência entre a extensão do mal causado pela prática da infração penal e a extensão da sanção penal a ser aplicada.

Até por uma decorrência lógica da própria ideia de racionalização na aplicação da pena, isto é, da ideia de uma pena que deva funcionar como um instrumento (meio) para a ressocialização do apenado e não como um simples instrumento de vingança de que se vale o Estado para demonstrar o seu império, o princípio da proporcionalidade guiará o aplicador da lei penal na atribuição justa e correta da sanção penal que o caso concreto requer.

A preocupação em se estabelecer uma sanção penal proporcional ao delito praticado inicia-se com a célebre obra "*Dos delitos e das penas*" escrita pelo Marquês de Beccaria ou, conforme é mais conhecido, Cesare Beccaria, no ano de 1764. Nessa toada, coloca Greco que:

> Beccaria destinou o capítulo XXIII de sua obra para discutir a necessidade de proporção entre os crimes e as penas. Em sua época, como também ocorre em muitas situações nos dias de hoje, o legislador tratava com rigor excessivo determinadas situações que não o exigiam e, por outro lado, de forma extremamente branda fatos que mereciam um rigor maior. Além disso, não raras vezes, como as penas eram, na sua maioria, corporais, aflitivas, normalmente eram desproporcionais ao delito praticado pelo agente.[36]

Segundo o próprio Beccaria, "se pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem"[37]. Entretanto, o legislador brasileiro é pródigo em incriminar determinadas condutas e cominar penas desproporcionais para elas.

Em arremate, coloca Greco:

36 GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 160.

37 BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 37

> Como veremos durante o decorrer deste trabalho, toda vez que os índices de criminalidade aumentam, toda vez que algum crime bárbaro acontece, a sociedade estimulada pelo movimento da mídia, pede uma punição mais severa, ou mesmo a criação de novas infrações penais. A neopenalização e a neocriminalização, contudo, já haviam sido diagnosticadas por Cesare Bonessana como um erro. Na verdade, o que estimula o cometimento de crimes, em todos os níveis, é a certeza da impunidade. Por isso, dizia Beccaria que "a certeza do castigo, ainda que moderado, despertará sempre uma impressão maior, do que o receio mais cruel, ligado à esperança da impunidade".[38]

No entanto, tanto o legislador no plano abstrato de elaboração da norma penal, como o juiz no momento de dosar a pena que será aplicada no caso concreto, devem ser norteados, sempre, pelos ditames da proporcionalidade. Afinal, a aplicação de uma pena desproporcional revela-se, certamente, como a maior das injustiças, já que é feita com o propósito de realizar-se a própria justiça.

38 GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162.

3.4. Princípio da pessoalidade da pena

Pelo princípio da pessoalidade da pena entende-se que a sanção penal e os seus efeitos, notadamente os efeitos próprios de natureza penal, não poderão ultrapassar a pessoa do apenado. Em outras palavras, a aplicação da pena esgota-se tão somente na pessoa do acusado, não podendo atingir o seu cônjuge/companheiro, seus ascendentes, descendentes ou irmãos.

O legislador constituinte preocupou-se com o tema e estabeleceu, dentro do rol de direitos e garantias fundamentais, que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido[39].

Esse princípio visa claramente promover uma correção necessária para adequar o direito penal aos postulados constitucionais atuais que proíbem penas de natureza infamante e que atentem contra a dignidade humana, ao contrário do que ocorria no passado. Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli argumentam que:

> Nunca se pode interpretar uma lei penal no

39 Inciso XLV, art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

> sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete a terceiros. Esse é um princípio que, no estado atual de nossa ciência, não requer maiores considerações, mas o mesmo não aconteceu em outros tempos, em que a infâmia do réu passava a seus parentes, o que era comum nos delitos contra o soberano.[40]

Por outro lado, percebe-se que a realidade social e prisional brasileira coloca-se em sentido diametralmente oposto. Parece que a sociedade enxerga os parentes do apenado como se fossem uma "extensão do crime praticado", merecendo, por isso, toda sorte de aviltamentos. É como se a culpa pelo cometimento do fato criminoso não fosse apenas daquele que praticou a conduta delituosa e foi condenado criminalmente por ela, mas sim, de todos os parentes do agente delituoso.

Atento à realidade brasileira, Greco aduz que:

> Os parentes, de forma geral, mesmo sem qualquer relação de dependência financeira com aquele que praticou a infração penal, sofrem emocionalmente com a sua

40 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.160

> prisão. Seus filhos já não têm com quem brincar, já não contam com sua presença na saída da escola e, o que é pior, passam também a ser estigmatizados por uma condenação que não foi deles. Normalmente, as esposas dos condenados que cumprem penas são tratadas como prostitutas, suas mães, desprezadas pelo fato de terem gerado um "criminoso", são acusadas de não o terem educado. Enfim, a pena ultrapassa, em muito, a pessoa do condenado quando analisada informalmente.[41]

Paradoxalmente, a mesma sociedade que reclama das altas taxas de criminalidade e de reincidência, é a mesma que se coloca como incapaz de acolher um egresso do sistema prisional e, mais ainda, de "tolerar" conviver com os parentes deste mesmo egresso. A realidade, no entanto, demonstra que a pena, especialmente a privativa de liberdade, é potencial violadora do princípio da pessoalidade, já que os demais membros da sociedade costumam imputar aos parentes do apenado uma certa parcela de culpa pela prática da sanção penal.

3.5. Princípio da individualização da pena

Individualizar a pena significa, em apertada síntese, buscar a sanção penal que corresponda adequadamente à prática

41 GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2009. p. 105.

de uma determinada infração penal. Este princípio deriva da dignidade humana e dialoga estreitamente com os princípios da proporcionalidade e da intranscendência/pessoalidade da sanção penal. No processo de individualização da pena, aponta-se "para a observância das particularidades, as individualidades de certa situação, possibilitando a compreensão do conteúdo, o alcance, e a extensão do objeto analisado"[42].

Em arremate, Aguiar aduz que "a individualização da pena é um postulado essencial para assegurar a fixação da pena apropriada, amoldando-se às características individuais do agente e do próprio delito. Neste sentido é a diretriz constitucional, que prevê em seu art. 5º, XLVI, a individualização da pena"[43].

De envergadura constitucional, encontrando previsão expressa no art. 5º, inciso XLVI da CF/88, o princípio da individualização da pena pode ser observado em três fases distintas. Na primeira fase, nitidamente de caráter abstrato, o princípio da individualização da pena norteará o legislador

42 AGUIAR, D. L. *A leitura principiológica do direito penal brasileiro*. 2015. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2015. p. 93.

43 AGUIAR, D. L. *A leitura principiológica do direito penal brasileiro*. 2015. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2015p. 94

na árdua tarefa de se estabelecer a sanção penal que integrará o preceito secundário do tipo penal, isto é, "o legislador deverá levar a efeito um raciocínio de valoração dos bens, com o objetivo de determinar a importância que cada um merece"[44].

Na segunda fase da individualização da pena, desta feita levada a efeito pelo magistrado, será buscada a pena devida que deverá ser aplicada ao caso concreto, ou seja, trata-se de uma atuação que ocorrerá após a violação da norma penal e no momento da sentença. Desse modo, o juiz "deverá, mediante um trabalho consciente e fundamentado de individualização, encontrar a pena justa para o caso concreto, não podendo, contudo, fugir às orientações legais a que está submetido"[45].

A fixação da pena será efetuada pelo juiz por meio da observância do sistema trifásico, determinado pelo art. 68 do Código Penal, que é claro em dizer que *"a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento*".

44 GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2009. p. 92.

45 GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2009. p. 93.

Após a fixação da pena que deverá ser cumprida pelo sentenciado, será iniciada a terceira fase do princípio da individualização da pena, que é eminentemente afeta à execução penal. A Lei de Execução Penal estabelece, de forma expressa em seu art. 5º, que "*os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal*".

É exatamente na fase de execução da pena, em especial da pena privativa de liberdade, que o princípio da individualização da pena sofre severas violações. A prática adotada pelo sistema prisional brasileiro não é de todo respeitosa ao que preceitua a individualização da pena, isto é, é nítida a existência de uma realidade paralela ao que determina a Lei de Execução Penal.

Greco aponta bem essa problemática e os efeitos negativos que ela provoca na reintegração/ressocialização do apenado:

> De nada vale a determinação de classificação do condenado, para fins de individualização, se, na prática, sua pena é cumprida com outros condenados com classificações diversas da sua, com antecedentes e personalidades diferentes, em um ambiente promíscuo, dessocializador, que estimula mais a corrupção do caráter do que o arrependimento necessário, que não o impulsiona

> a modificar-se no sentido de querer reintegrar-se à sociedade, afastando-se da vida do crime.[46]

No entanto, muito embora seja alvo de violações, o princípio da individualização da pena tem o conteúdo material e a força normativa necessárias para que seja possível resgatar as suas funções primordiais, mormente com a racionalização do sistema de execução penal e a criação de um ambiente que seja favorável ao ideal de ressocialização dos apenados.

4. Da necessária adoção de um direito penal mínimo

De acordo com a lição de Greco, o Direito Penal Mínimo é aquele "pautado na teoria garantista apregoada por Luigi Ferrajoli"[47]. Coloca-se como um verdadeiro *Direito Penal do Equilíbrio*, já que se estabelece "entre a tese do Direito Penal Máximo, refletido nos chamados movimentos da Lei e da Ordem, bem como a tese abolicionista, capitaneada por Louk Hulsman"[48].

46 GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2009. p. 95.

47 GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2009. p. 2.

48 GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2009. p. 2.

Os princípios fundamentais da pena expostos no capítulo anterior, o que não exclui outros princípios da mesma espécie, somados à função preventiva da sanção penal, são condições que devem ser observadas pelo Estado para que se possa falar em uma pena aplicada de forma legítima, que se coadune com um sistema garantista.

No entanto, essas condições não são verificadas na prática. No decorrer deste trabalho foram apontadas algumas violações dirigidas aos princípios fundamentais da pena e que são cometidas nos meandros dos porões do sistema carcerário nacional. Superlotação carcerária, guerra entre facções rivais, torturas e falta de condições mínimas para uma existência digna são exemplos do grave estado de coisas inconstitucional existente no sistema prisional brasileiro.

Não obstante, a principiologia constitucional, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser observada e utilizada como ponto de partida para a afirmação do sistema de garantias estabelecidos pela *Carta Maior*, superando este ambiente de graves violações. A busca por soluções revela-se uma tarefa complexa e que exige um olhar garantista por parte do operador do direito, que não pode jamais perder de vista os ideais consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Considerando os limites desta pesquisa, a análise recairá sobre dois enfoques. Primeiro, o Direito Penal, e consequentemente a pena, será tido como a última *ratio* do sistema normativo, ou seja, sua atuação deve se restringir aos casos em que a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal seja relevante o suficiente para justificar essa atuação. Segundo, será analisado o uso abusivo das prisões cautelares como fator de superlotação carcerária, o que também representa um grave problema que exsurge no sistema prisional brasileiro.

4.1. O direito penal como ultima *ratio*

Uma postura minimalista do Direito Penal pressupõe a afirmação da natureza subsidiária deste ramo jurídico, de sorte que ele apenas deve proteger os bens jurídicos mais importantes para a coletividade, "deixando a proteção de determinados bens jurídicos, de menor importância, para outros ramos do ordenamento jurídico, a exemplo do civil e do administrativo"[49].

Todavia, o que se tem visto atualmente é a utilização, cada vez mais frequente, do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos de somenos importância, em um claro movimen-

49 GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 325.

to de lei e da ordem, "que só conduzem a um processo nefasto de inflação legislativa"[50]. A explicação para a crescente demanda de alargamento do âmbito de abrangência do Direito Penal é a aposta do Estado de que aquele ramo jurídico é capaz de solucionar os vários problemas decorrentes de uma sociedade marcadamente desigual.

O Estado Social tem falhado na implementação de políticas públicas, não cumprindo com as promessas trazidas pela Carta Maior. Não tem oferecido aos indivíduos, com a exceção dos integrantes das classes mais privilegiadas, condições mínimas de existência, não permitindo que pessoas mais carentes tenham acesso aos seus direitos mais básicos, como saúde, educação, habitação e lazer.

Por outro lado, o Estado tem apostado bastante na repressão, promovendo a edição de novas leis penais, seja para criar novos tipos incriminadores ou para majorar as sanções penais já existentes. Com isso, "podemos concluir que a transformação do Estado Social em Estado Penal foi a mola propulsora do processo de inflação legislativa que nos aflige atualmente"[51]. Não obstante a adoção de uma postura ni-

50 GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 323.

51 GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 327-328.

tidamente repressiva por parte do Estado, percebe-se que a delinquência não sofreu redução, pelo contrário, apenas aumentou.

Gomes e Gazoto aduzem que:

> Para ilustrar: de 1940 (data do nosso Código Penal) a outubro de 2015, o legislador brasileiro editou 157 leis penais: quase 80% foram leis mais duras ("temos que punir duramente os pecadores") e a criminalidade não diminuiu. Já somos o 3º país do mundo com maior população carcerária, se computados os presos domiciliares (711 mil, segundo o CNJ, em maio/14) e a delinquência não sofreu redução (ao contrário, aumentou).[52]

Um exemplo atual de uma lei penal que busca incriminar uma conduta irrelevante para a sociedade, pois não visa a proteção de um bem jurídico de fundamental importância para a coletividade, é a proposta de *"criminalização do funk"*[53]. Sem procurar aprofundar-se nas discussões, percebe-se que a proposta de criminalização do funk decorre de uma tentativa de proteger uma "moral" que, considerando o seu caráter contingencial e relativo, é um bem jurídico (se é que

52 GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. *Populismo penal legislativo*: a tragédia que não assusta as sociedades de massas. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 18.

53 Disponível em < https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoideia?id=65513>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

assim pode ser tratado) que não merece ser protegido pelo Direito Penal.

As consequências da adoção de um modelo de Estado Penal, cuja pauta principal é a edição de diversas leis penais incriminadoras e desnecessárias que, em última análise, não atingem os objetivos a que se propõem, é o encarceramento em massa, desembocando, por via de consequência, em um sistema prisional calamitoso e violador das garantias fundamentais dos indivíduos encarcerados. Em oposição a esse cenário, deve o Estado adotar uma postura garantista, utilizando o Direito Penal para realizar a função que realmente lhe cabe, que é a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade.

Desse modo, "deve-se fazer, portanto, uma depuração no sistema legal, revogando tudo aquilo que não seja pertinente ao Direito Penal, isto é, temos de deixar de lado a proteção dos bens que, seguramente, podem ser protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico"[54]. Para além disso, Greco entende, ainda, "ser possível reduzir, e não eliminar, a criminalidade, tida como aparente a partir do momento que o Estado assumir a sua função social, diminuindo o abismo econômico existente entre as classes sociais"[55].

54 GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 323-324.

55 GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas*

Para que realmente se possa ter avanços, portanto, necessário se faz que o Estado assuma uma postura garantista e em detrimento do modelo de Estado Penal que se encontra em plena vigência, utilizando-se do Direito Penal apenas como a última *ratio* do sistema[56]. Para além disso, o Estado deve realizar as promessas constitucionais típicas do Estado Social que foi desenhado pela Constituição Federal de 1988, garantindo moradia, saúde, lazer, habitação e, principalmente, educação para os menos necessitados.

4.2. O uso abusivo das prisões cautelares

Uma outra postura que tem contribuído para a superlotação carcerária é o uso abusivo das prisões cautelares. As prisões preventivas e temporárias, espécies de prisões cautelares, são prisões processuais que são decretadas por razões de conveniência processual e, acima de qualquer coisa, "milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão

à privação de liberdade. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 333.

56 Dizer que o Direito Penal é a *ultima ratio* do sistema é o mesmo que afirmar que ele deve ser aplicado de forma subsidiária, permitindo que outros ramos do ordenamento jurídico, com primazia, procurem fazer a proteção dos bens jurídicos, somente sendo necessária a intervenção do Direto Penal quando esses outros ramos demonstrarem que são ineficazes ou insuficientes à sua proteção. GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2009. p. 63.

só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF/88, pois ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado se sentença pela condenatória"[57].

Os fundamentos para a segregação cautelar de um flagranteado/indiciado/réu encontram-se no art. 312 do Código de Processo Penal, assentando-se nas cláusulas gerais da *garantia da ordem pública*, da *ordem econômica*, por *conveniência da instrução criminal* ou para *assegurar a aplicação da lei penal*. Tratam-se, como já dito, de hipóteses excepcionalíssimas, pois, nos termos do art. 282, §6º do Código de Processo Penal, serão determinadas *quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*.

Todavia, o que se observa na realidade brasileira é exatamente o inverso do que determina o Código de Processo Penal. As prisões cautelares têm sido utilizadas como medidas de antecipação da punição, em uma clara retribuição instantânea ao mal supostamente praticado pelo flagranteado/indiciado/réu, já que independem de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Bottura coloca que:

57 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 891-892.

> Um dos maiores problemas enfrentados pelos advogados criminalistas e seus clientes, nos dias atuais, é a generalização desmedida e desenfreada das prisões cautelares, utilizadas pura e simplesmente como antecipações de uma possível futura pena, atendendo aos clamores do "populismo penal midiático", como se essa fosse a solução para um efetivo combate aos crescentes índices de violência em nosso país.[58]

Segundo dados do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF[59], vinculado ao Conselho Nacional de Justiça, dos 567.655 (quinhentos e sessenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e cinco) presos no sistema carcerário brasileiro, 41 % deles são presos provisórios, isto é, mais de 240.000 (duzentos e quarenta mil) brasileiros estão presos de forma provisória no sistema prisional brasileiro. A situação é tão alarmante que, no Estado de Sergipe, por exemplo,76% dos presos que ali se encontram são presos provisórios.

O uso abusivo das prisões cautelares acaba por fomentar

58 BOTTURA, Vitor Raatz. *A generalização das prisões cautelares pode representar um grande erro*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/generalizacao-prisoes-cautelares-representar-grave-erro>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

59 *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

a superlotação carcerária e, por via oblíqua, dado o estado calamitoso do cárcere brasileiro, viola a dignidade humana e os direitos que lhe são decorrentes. Os efeitos disso são eminentemente deletérios, posto que, além da superlotação, o sistema prisional brasileiro tem se mostrado incapaz de ressocializar alguém. Baird e Pollachi compartilham da mesma ideia:

> Ainda no tocante ao respeito à lei e aos direitos humanos, o uso abusivo da prisão provisória é medida extremamente deletéria. Além de desrespeitar garantias básicas do cidadão, a imposição da prisão em caráter provisório gera também altos custos sociais contribuindo para diluir laços familiares, profissionais e submetendo os presos a estigmas sociais. Não à toa, os índices de reincidência no país chegam a 85%.[60]

Baird e Pollachi ainda apontam mais um efeito negativo decorrente do uso excessivo e indiscriminado das prisões cautelares:

> A segurança pública também é penalizada com o uso excessivo da prisão provisória, pois o encarceramento desses acusados deteriora a situação das já superlotadas e precárias penitenciárias brasileiras. Nova-

60 BAIRD, Marcello Fragano; POLLACHI, Natália. *O problema da prisão provisória e o impacto da lei das cautelares na cidade de são paulo.* Disponível em < https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5244-O-problema-da-prisao-provisoria-e-o-impacto-da-Lei-das-Cautelares-na-cidade-de-Sao-Paulo>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

> mente, abre-se enorme espaço para a violação de direitos humanos, especialmente tendo em vista casos recentes, como as penitenciárias de Pedrinhas, Cascavel e Porto Alegre.[61]

A gravidade da situação é tamanha que o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer o *Estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro*, no bojo da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº - ADPD 347/DF, determinou, na parte dispositiva do Acórdão, que *"aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;"* e, também, *"aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo"*[62].

Desse modo, percebe-se que a utilização indiscriminada de prisões cautelares é extremamente prejudicial ao já combalido sistema carcerário nacional, violador que

61 BAIRD, Marcello Fragano; POLLACHI, Natália. *O problema da prisão provisória e o impacto da lei das cautelares na cidade de são paulo.* Disponível em < https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5244-O-problema-da-prisao-provisoria-e-o-impacto-da-Lei-das-Cautelares-na-cidade-de-Sao-Paulo>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

62 Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

é da dignidade da pessoa humana, razão pela qual deve-se preferir uma postura que privilegie a racionalidade da adoção dessas medidas cautelares restritivas da liberdade, privilegiando toda a principiologia constitucional exposta, evitando-se, assim, que mais pessoas sejam inseridas, muitas vezes de forma desnecessária, em um ambiente que não oferece condições mínimas de existência e, nem tampouco, de ressocialização.

4. Conclusão

O *ius puniendi* estatal não pode ser exercido de maneira ilimitada. Dentro de um Estado Constitucional Democrático, como é o caso do Estado brasileiro, a sanção penal apenas poderá ser tida como legítima e válida se ela, no decorrer de sua aplicação, respeitar a inteireza da função preventiva da pena. Verifica-se, portanto, que a função preventiva deve nortear o Estado no momento de aplicação da pena, promovendo a necessária recuperação do condenado (prevenção especial) e servindo como uma mensagem para que os demais membros da sociedade não cometam crimes (prevenção geral).

Mais do que funções, a aplicação da pena deve obediência ao que determinam alguns princípios fundamentais. A digni-

dade humana do indivíduo preso jamais pode ser afastada, de sorte que não podem ser admitidas sanções penais que transformem o indivíduo em coisa, negando a sua condição de sujeito de direitos, mormente em razão do princípio da individualização da pena também proibir que os apenados sejam submetidos a qualquer tratamento desumano ou degradante.

Nesse ínterim, é possível verificar que os efeitos da sanção penal não podem ultrapassar a pessoa do acusado, por força do que dispõe o princípio da individualização da pena e, do mesmo modo, não pode a sanção penal se apresentar desproporcional ao delito praticado pelo agente, sob pena de se transformar em um simples instrumento de vingança de que se vale o Estado para retribuir o mal praticado pelo agente. Deve-se observar, sempre, o que determina o princípio da legalidade penal.

Nesse passo, é possível concluir, portanto, que qualquer sanção penal que se apresente violadora da dignidade humana, bem assim dos demais princípios dela decorrentes, não se mostra compatível com a Constituição Federal de 1988. Não obstante as evidentes violações aos direitos dos presos cometidas no âmbito do sistema prisional brasileiro, isso não significa que os princípios constitucionais não tenham a força normativa necessária para promover mudan-

ças e desencadear avanços na situação calamitosa do cárcere brasileiro, razão pela qual a (re)afirmação da principiologia constitucional é medida que possibilitará a concepção de um cárcere mais humanizado.

Dada a situação deletéria do sistema prisional, especificamente no que se refere ao problema da superlotação carcerária, deve-se adotar uma postura que tenha como objetivo vislumbrar um Direito Penal Mínimo, utilizado como *ultima ratio,* ou seja, deve-se evitar a instauração de um Estado Penal, caracterizado pelo instinto repressivo. O Direito Penal, agindo de forma isolada, não se mostra capaz de resolver a complexa problemática da violência e, mais ainda, a pena de prisão não pode ser vislumbrada como a solução para todos os males.

Nesse diapasão, conclui-se que o Estado precisa concentrar esforços em atividades preventivas, ou seja, atividades que evitem a ocorrência de crimes. A implementação de políticas públicas que sejam capazes de concretizar os direitos sociais previstos na Carta Maior, garantindo o mínimo existencial e evitando que mais indivíduos possam enveredar pelos caminhos do crime, apresenta-se como uma possibilidade de se evitar que mais pessoas sejam trancadas nos cárceres brasileiros. Nesse sentir, a atuação do Direito Penal deve ser restrita aos casos de condutas mais graves.

Dentro, ainda, de um Direito Penal Mínimo, o uso indiscriminado das prisões cautelares tem se mostrado um fator contributivo para o agravamento da superlotação carcerária, caracterizando mais um fator negativo que deve ser evitado. Verifica-se que 41% dos indivíduos que se encontram enclausurados no sistema carcerário nacional são presos provisórios.

Portanto, pode-se apontar o uso abusivo das prisões cautelares como um fator que, além de agravar o problema da superlotação carcerária, promove a violação da dignidade humana e dos princípios que lhe são correlatos, pois decretar uma prisão cautelar, muitas vezes sem a sua real necessidade, é, dentro da realidade brasileira, a mesma coisa que mandar alguém para a masmorra. Nesse sentido, as prisões cautelares apenas devem ser decretadas quando estritamente necessário, e não para atender ao clamor social ou como uma antecipação de uma sanção penal.

O atual cenário de violações aos princípios fundamentais da pena, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, reclama um novo modo de se conceber o Direito Penal e a função que a pena deve buscar do sistema. Necessita-se conjugar a atuação preventiva do Estado com a racionalização do Direito Penal, enxergando-se este ramo jurídico como *ultima ratio*. Adotando-se esses posiciona-

mentos, acredita-se que seria possível vislumbrar avanços na atual situação do sistema prisional.

Referências

AGUIAR, D. L. **A leitura principiológica do direito penal brasileiro**. 2015. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2015.

ALCOFORADO, Rogério Emiliano Guedes. **Uma (re) leitura teleológica da filosofia moral em Kant: por uma necessidade de inclusão do homem na natureza.** Dissertação (Mestrado em Filosofia) –Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Programa de Pós-graduação em Filosofia, 2009.

_____. **Uma breve história dos direitos fundamentais: do esboço teórico ao mundo real**. – Mossoró: EDUERN, 2017.

_____. **Ética racional: da estrutura deontológica aos aspectos teleológicos.** – Mossoró: EDUERN, 2017.

BAIRD, Marcello Fragano; POLLACHI, Natália. **O problema da prisão provisória e o impacto da lei das cautelares na cidade de são paulo**. Disponível em < https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5244-O-problema-da-prisao-provisoria-e-o-impacto-da-Lei-das-Cautelares-na-cidade-de-Sao-Paulo>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL. **Código penal**. Organização de Ana Cristina Mendonça e Geovane Moraes. Recife: Armador, 2017.

BRASIL. **Código de processo penal**. Organização de Ana Cristina Mendonça e Geovane Moraes. Recife: Armador, 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria de Editoração e Publicações - SEGRAF, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental n. 347**. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ de 19-02-2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

BOTTURA, Vitor Raatz. **A generalização das prisões cautelares pode representar um grande erro**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/generalizacao-prisoes-cautelares-representar-grave-erro>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

Criminalização do funk como crime de saúde pública a criança aos adolescentes e a família. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoideia?id=65513>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

Declaração dos direitos do homem e do cidadão. <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo**: a tragédia que não assusta as sociedades de massas. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEWTON, Eduardo Januário. **Diante da ilegalidade do sistema prisional**: o que pode ser feito? Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/26/diante-da-ilegalidade-do-sistema-prisional-o-que-pode-ser-feito/>. Acesso em 15 de agosto de 2017.

Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em 16 de agosto de 2017

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TAVARES, Juarez. **Do parecer no tocante ao funcionamento do sistema prisional brasileiro e o alcance dos objetivos manifestos da pena**. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589053&ad=s#7%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%202>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Cur-**

so de direito processual penal. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.160

CAPÍTULO 4

TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA: ESTUDO DE CASO DA SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA DO RIO GRANDE DE NORTE (RN)

EVANDRO ALEXANDRE RAQUEL

PATRÍCIA MOREIRA DE MENEZES

1. Introdução

O presente capítulo é um estudo de caso de auditoria do Tribunal de Contas do Estado do RN em contratação de mão de obra terceirizada pela Secretaria de Estado da Educação e da Cultura do Rio Grande do Norte. O estudo de caso pesquisado está diretamente relacionado com investigações científicas no eixo Administração Pública, governança e cidadania. O gestor público no Brasil se utiliza em todas as esferas do instituto da terceirização; e o que se pretende na pesquisa é fazer uma análise quanto ao uso e seus impactos para o Governo e para os trabalhadores. O estudo também se destaca quanto ao acompanhamento e verificação da atuação do Tribunal de Contas, órgão de controle alta relevância.

A terceirização de mão de obra é um fenômeno que vem se acentuando no Brasil, especialmente nas últimas décadas, quando fatores relacionados à globalização da economia e ao aumento da competitividade têm impulsionado as em-

presas privadas a manterem o foco na sua atividade fim, ao mesmo tempo em que buscam a redução de custos e maximização dos lucros.

A Administração Pública não ficou indiferente a estas mudanças e, não obstante tenha propósito diverso daquele perseguido pelas empresas privadas, passou também a contratar serviços terceirizados para atividades consideradas meio, a exemplo de serviços de vigilância, de conservação de instalações, de manutenção de equipamentos, dentre outros. Assim, terceirizando a atividade meio, a Administração Pública também pode empenhar maior esforço na sua atividade fim, que tem por objetivo uma prestação de serviços públicos que atenda satisfatoriamente às necessidades da população.

Nesse sentido, a Secretaria de Estado da Educação e da Cultura do Rio Grande do Norte (SEEC/RN), realizou, no ano de 2007, licitação na modalidade Concorrência Pública nº 01/2007 para contratação de empresa especializada na prestação de serviços de mão de obra, envolvendo profissionais das categorias de porteiro, serventes de limpeza, auxiliares de cozinha e vigias desarmados. Desta licitação decorreu o contrato nº 008/2008, com vigência de 1º de fevereiro de 2008 a 31 de julho de 2013.

Ocorre que, no ano de 2013, mais precisamente no período de 1º de abril a 22 de julho do mencionado ano, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE/RN) realizou auditoria *in loco* na SEEC/RN, tendo por objetivo examinar a regularidade da aplicação de recursos públicos, encontrando-se neste objetivo a averiguação de aspectos atinentes aos serviços terceirizados.

Após a conclusão dos trabalhos, foi elaborado um relatório preliminar, o qual deu conta da existência de falhas relacionadas à execução dos serviços terceirizados, a exemplo de cumprimento irregular da carga horária, ausência de equipamento de proteção individual, desvio de função, subordinação dos profissionais terceirizados aos diretores das unidades escolares e deficiências na fiscalização contratual.

Nesse contexto, tendo como referência o supracitado relatório, deu-se início à investigação científica acadêmica, que resultou em monografia apresentada no curso de Direito do Campus de Natal.

Em se tratando do aspecto metodológico, a pesquisa em tela é um estudo de caso, abordado sob um ponto de vista do método indutivo, cujas premissas iniciais podem conduzir a observações gerais sobre o tema. A pesquisa também é descritiva, visto que tem como escopo descrever e analisar

os fatos observados, a partir de análise das informações contidas no relatório preliminar de auditoria do TCE/RN.

2. Descrição do caso

Este item trata da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte na Secretaria de Estado da Educação e da Cultura. Inicialmente será apresentada uma perspectiva geral da Secretaria de Educação, demonstrando-se o seu enquadramento na estrutura orgânica da Administração Direta Estadual, suas atribuições e missão, assim como será abordada a questão relacionada à contratação de mão de obra terceirizada, para fins de atendimento das necessidades de apoio da SEEC/RN.

Num segundo momento, será apresentado um panorama da composição e da competência da Corte de Contas, bem como uma contextualização sobre os instrumentos de trabalho do Tribunal, em especial a auditoria.

Em seguida, a partir do relatório de auditoria, produto do trabalho realizado pelos técnicos da Corte de Contas no âmbito da Secretaria de Educação, será demonstrada a situação problema que atinge a terceirização de mão de obra no caso da SEEC/RN, detalhando-se o processo de coleta de dados e

pormenorizando-se os aspectos mais relevantes do relatório produzido pela auditoria, que servirá de base para o presente estudo.

2.1. A SEEC/RN e a terceirização de mão de obra

De acordo com o art. 27 da Lei Complementar nº 163, de 5 de fevereiro de 1999, e alterações posteriores, a Secretaria de Estado da Educação e da Cultura integra a estrutura organizacional da Administração Direta do Poder Executivo Estadual, competindo à Secretaria:

> I – executar e controlar a ação do Governo na área da educação;
>
> II – promover e incentivar as atividades culturais e educacionais;
>
> III – controlar e fiscalizar o funcionamento de estabelecimentos de ensino, de diferentes graus e níveis, públicos e particulares;
>
> IV – apoiar e orientar a iniciativa privada na área de educação e da cultura;
>
> V – articular-se com o Governo Federal em matéria de política e de legislação educacionais;
>
> VI – estudar, pesquisar e avaliar os recursos financeiros para investimento no sistema e no processo educacional;

> VII – rever e aperfeiçoar, permanentemente, o sistema de ensino;
>
> VIII – assistir o estudante pobre;
>
> IX – integrar as iniciativas de caráter educacional e administrativo, na área da educação, com as atividades de Planejamento e Finanças e de Administração Geral e com os setores de agricultura e saúde pública estadual.

Segundo informação obtida no sítio eletrônico da SEEC/RN, a Secretaria "é uma organização base da Administração Estadual para planejamento, organização, direção, controle e execução dos programas e projetos destinados à implementação da política governamental nos setores de educação e cultura". A Secretaria tem como missão "garantir à população um ensino público de qualidade, assegurando-lhe a universalização do acesso e permanência dos alunos à escola, visando o pleno exercício da cidadania" (SEEC/RN, *web*).

Para dar andamento à sua missão institucional, a Secretaria de Educação gerencia recursos orçamentários e financeiros oriundos do Orçamento Geral do Estado, possui um patrimônio composto por imóveis e bens mobiliários, e administra um contingente de servidores públicos, dentre eles, professores, técnicos e auxiliares.

Acrescente-se que, além de gerenciar recursos e competências relacionadas à sua atividade fim, a Secretaria de Educação, a exemplo de outros órgãos da Administração Pública, também optou por contratar mão de obra terceirizada para a execução das atividades que são consideradas meio, isto é, atividades instrumentais e de apoio administrativo.

Com esse desiderato, a Secretaria de Educação realizou no ano de 2007 a licitação na modalidade Concorrência Pública nº 01/2007, com o objetivo de contratar empresa prestadora de serviços terceirizados de mão de obra (TCE/RN, 2013, p. 195).

Após a conclusão do certame, foi firmado o contrato nº 08/2008 que "contemplou inicialmente a quantidade de 690 profissionais, passando a 862 após o 1º Termo Aditivo, compreendendo 375 porteiros, 187 auxiliares de limpeza, 187 auxiliares de cozinha e 113 vigias desarmados" (TCE/RN, 2013, p. 195).

O contrato administrativo nº 08/2008 teve vigência inicial de doze meses, com início em 1º de fevereiro de 2008, sendo prorrogado por iguais e sucessivos períodos até 31 de julho de 2013, nos termos da Lei de Licitações e Contratos (TCE/RN, 2013, p. 195).

2.2. O Tribunal de Contas e a auditoria na SEEC/RN

De acordo com o art. 52 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, "a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e de todas as entidades da administração direta e indireta [...]" será exercida pela Assembleia Legislativa, como atividade de controle externo e "pelo sistema de controle interno de cada um dos Poderes".

Por sua vez, o art. 53 e inc. II da referida Constituição dispõem que "o controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete", dentre outras atribuições:

> II – julgar as contas dos administradores dos três Poderes do Estado e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, inclusive das fundações, empresas públicas, autarquias, sociedades de economia mista e demais sociedades instituídas ou mantidas pelo Poder Público, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário;

Desse modo, para cumprir sua missão constitucional, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte possui autonomia funcional, administrativa e financeira, tendo

sede na Capital do Estado e sendo composto por sete Conselheiros, consoante dispõem os arts. 6º e 7º da Lei Complementar Estadual nº 464, de 5 de janeiro de 2012, Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (LOTCE).

Também integram o Tribunal de Contas: o Pleno, as Câmaras, a Presidência, a Vice-Presidência, a Corregedoria, a Escola de Contas, a Ouvidoria, os Conselheiros, os Auditores, o Ministério Público junto ao Tribunal e os Serviços Técnicos e Administrativos, conforme disciplina o art. 8º da LOTCE.

Quanto à atividade fiscalizadora, o inciso XVI do art. 1º da LOTCE atribui ao TCE/RN, dentre outras competências, a de fiscalização de licitações e contratos:

> XVI - fiscalizar os procedimentos licitatórios e contratos, incluindo os de gestão, parceria público-privada, termos de parceria ou instrumentos congêneres, convênios, ajustes ou termos, envolvendo concessões, cessões, doações, autorizações e permissões de qualquer natureza, a título oneroso ou gratuito, de responsabilidade do Estado ou Município, por qualquer dos seus órgãos ou entidades da administração direta ou indireta;

No que tange à jurisdição, o art. 2º da LOTCE preceitua que o TCE/RN possui jurisdição "em todo o território estadual", sendo que o art. 3º dispõe sobre a abrangência desta jurisdição. Nesse passo, estão sujeitos ao julgamento da Corte de Contas as pessoas físicas ou jurídicas, que administrem recursos públicos, os que derem causa a dano ao erário, os ordenadores de despesas, dentre outros:

> Art. 3º A jurisdição do Tribunal abrange:
>
> I - qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que receba, arrecade, guarde, gerencie, administre, utilize ou aplique, em virtude de autorização legal, regulamentar ou decorrente de contrato, convênio, acordo ou ajuste, dinheiros, bens ou valores do Estado ou do Município, ou pelos quais um ou outro responda ou em cujo nome assuma obrigações pecuniárias;
>
> II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;
>
> III - os ordenadores de despesa em geral;

Em relação aos instrumentos de fiscalização, a Corte de Contas dispõe das técnicas de levantamento, acompanhamento, auditoria, inspeção e monitoramento, entre outros mecanismos utilizados na execução das suas atividades, conforme estabelece o art. 283 da Resolução nº 009/2012-TCE (Regimento Interno do TCE/RN).

No que diz respeito à técnica da auditoria, o art. 286 do Regimento Interno do TCE/RN estabelece que este "instrumento de fiscalização" será "utilizado pelo Tribunal para":

> I – examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial;
>
> II – avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados; e
>
> III – subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro.

As fiscalizações também poderão ser documentais ou *in loco*, consoante previsão do art. 280, inc. III, "a", do Regimento Interno do TCE/RN:

> Art. 280. A fiscalização do Tribunal deve obedecer aos princípios legais aplicáveis, além dos seguintes:
>
> [...]
>
> III – planejamento, calendarização e universalidade dos procedimentos, nos termos dos arts. 83 e 84 da Lei Complementar nº 464, de 2012, que consistirão na observância obrigatória dos seguintes aspectos:

> a) a cada quadriênio governamental em cada esfera da Administração Pública, cada órgão jurisdicionado deverá ser objeto de ao menos uma fiscalização por meio de auditoria pormenorizada, documental ou **in loco**, em calendário definido previamente para o período por meio de plano de fiscalização aprovado nos termos do art. 83, **caput**, da Lei Complementar nº 464, de 2012, por meio de resolução, que estabelecerá ainda seus critérios e procedimentos, inclusive prioridades definidas para o período quadrienal;

Nesse contexto, em cumprimento a sua competência legal, o Tribunal de Contas do Estado determinou a realização de auditoria *in loco* na Secretaria de Estado da Educação e da Cultura, tendo por objetivo "examinar procedimentos atinentes à aplicação de recursos públicos," estabelecendo como critério aspectos relacionados à "economicidade, a eficiência e a legalidade da despesa pública." (TCE/RN, 2013, p. 106).

A auditoria ocorreu no ano de 2013 e abordou diversos temas, dentre os quais, o exame quanto à regularidade da prestação de serviços terceirizados, tema este que é objeto da presente análise. Após a conclusão dos trabalhos da auditoria, foi elaborado o relatório preliminar, o qual deu conta da existência de diversas falhas atinentes à terceirização de mão de obra, as quais serão detalhadas mais adiante.

Impende registrar, por oportuno, que o procedimento que deu origem à fiscalização supracitada encontra-se em tramitação no TCE/RN, não tendo ocorrido, até o presente momento, o julgamento acerca da regularidade da despesa pública em tela (Processo nº 5146/2013).

Ressalte-se, também, que o presente trabalho não adentrará no mérito das consequências administrativas que por ventura recaiam sobre os pactuantes do contrato de serviços terceirizados, limitando-se a abordar o tema sob o enfoque acadêmico científico.

2.3. Coleta de dados

A partir das informações colhidas no contrato nº 08/2008, firmado entre a SEEC/RN e a empresa prestadora dos serviços terceirizados, a auditoria selecionou uma amostra de "35 escolas da rede estadual de ensino e mais o almoxarifado central, localidades de prestação dos serviços" (ver anexo), para fins de realização de visita e aferição do cumprimento das condições estabelecidas em contrato (TCE/RN, 2013, p. 195).

Os estabelecimentos selecionados estão distribuídos por 11 cidades localizadas em 05 regiões administrativas da secre-

taria, correspondendo a 1ª, 2ª, 4ª e 5ª Diretorias Regionais de Educação (DIREDs).

Por ocasião da visita aos estabelecimentos, a auditoria apresentou a cada diretor um questionário composto por 14 itens, com o "objetivo de avaliar a prestação dos serviços e aspectos relacionados à fiscalização destes por parte da SEEC/RN, com amparo no Contrato nº 08/2008" (TCE/RN, 2013, p. 198).

Desse modo, o quadro abaixo sintetiza a coleta dos dados, apresentando as questões abordadas e os resultados percentuais obtidos com a avaliação:

Quadro 01 – Questionário aplicado aos gestores das unidades visitadas

Nº	QUESTÕES OBJETIVAS	PERCENTUAL		
		SIM	NÃO	OUTRO
1	A empresa envia, periodicamente, algum funcionário para avaliar a execução dos serviços?	8,57%	80,00%	11,43%
2	O Diretor da Escola tem conhecimento de quem é o preposto da empresa, responsável para tratar dos fatos relacionados ao contrato, e se reporta a essa pessoa quando há algum problema, como a falta ao serviço, atrasos ou falhas na execução?	2,86%	77,14%	20,00%
3	O Diretor da Escola sabe quem é o fiscal do contrato?	11,43%	77,14%	11,43%
4	O fiscal do contrato faz visita de inspeção para verificar o andamento dos serviços prestados?	11,43%	54,29%	34,29%
5	A comunicação com o fiscal do contrato ou com o preposto da empresa (responsável) ocorre por escrito?	2,86%	57,14%	40,00%
7	Os profissionais terceirizados estão todos os dias na escola?	97,14%	0,00%	2,86%
8	Os profissionais terceirizados cumprem a carga horária?	77,14%	2,86%	20,00%
9	Existe controle de frequência dos profissionais terceirizados?	91,43%	8,57%	0,00%
11	A frequência dos profissionais terceirizados é encaminhada ao fiscal do contrato?	82,86%	17,14%	0,00%
12	Os profissionais terceirizados costumam trabalhar uniformizados e portando crachá de identificação?	20,00%	62,86%	17,14%
13	Os profissionais terceirizados costumam portar os equipamentos de proteção individual?	14,29%	42,86%	42,86%
14	Os profissionais terceirizados são organizados ou dirigidos pelo Diretor do Estabelecimento de Ensino ou recorrem a alguém da Escola para solução de problemas cotidianos ou relacionados à prestação do seu serviço?	97,14%	0,00%	2,86%

Fonte: TCE/RN, 2013, p. 197

Diante das respostas obitdas, foi realizada uma análise pela equipe de auditoria, a qual relatou que "foram constatadas impropriedades e o cumprimento irregular de dispositivos contratuais" (TCE/RN, 2013, p. 195).

Nos itens seguintes serão apresentados os principais resultados apontados no relatório preliminar de auditoria. Deve ser ressaltado que o objetivo neste momento é tão somente apresentar os dados do relatório, não havendo, por ora, a análise destas informações. A análise, do ponto de vista deste estudo, será efetuada no próximo item.

1.5. Falhas de fiscalização

O relatório preliminar de auditoria registrou evidências que apontam para a deficiência na ficalização contratual, conforme se infere dos comentários feitos aos quesitos de 1 ao 5 (TCE/RN, 2013, p. 198-200):

> **Quesito 1** – Os Diretores dos estabelecimentos, em percentual de 80%, não recebem visita de funcionário da empresa [...] para avaliar a execução dos serviços;
>
> **Quesito 2** – Em torno de 77% dos Diretores não conhece o preposto da empresa

[...] (pessoa responsável para tratar de fatos relacionados ao contrato, com o qual deverão ser comunicados problemas que dizem respeito ao serviço, a exemplo de falta e atrasos dos funcionários, falhas na execução etc);

[...] conforme demonstrado nos quesitos 01 e 02, os diretores das escolas, em percentual de 80%, relataram jamais haver recebido a visita de algum preposto da empresa para avaliar a execução dos serviços. Outros 77% não têm conhecimento de quem é o preposto da empresa (responsável pelo contrato).

Quesito 3 – Aproximadamente 77% dos diretores das escolas visitadas não sabem quem é a pessoa designada pela SEEC/RN para ser o fiscal do contrato (gestor do contrato) [...].

Quesito 4 – Com relação a receber visita de inspeção por parte do fiscal do contrato, 54% dos diretores não foram visitados, porém em torno de 34% relataram haver recebido a visita de Comissão Fiscalizadora da SEEC/RN, a qual repassou orientações sobre a prestação dos serviços dos terceirizados.

Quesito 5 – No que tange à forma de comunicação com a empresa contratada ou com a fiscalização da SEEC/RN, 57% dos entrevistados afirmaram que se comunicam de forma verbal, geralmente por telefone; outros 40% afirmaram que se comunicam ou por telefone ou pessoalmente, deslo-

cando-se até a empresa ou até a Secretaria de Educação para tratar de assuntos relacionados à prestação dos serviços. Todavia, relataram que tais ocorrências são pouco frequentes. O percentual de diretores que utiliza o meio escrito para comunicações é mínimo, apenas 2,86% aproximadamente.

Estes quesitos demonstram que, apesar de a SEEC/RN ter constituído gestor e comissão fiscalizadora para os contratos, os diretores dos estabelecimentos de ensino, na sua maioria, sequer conhecem tais servidores responsáveis pela fiscalização, demonstrando a deficiência da atividade estatal de acompanhamento e fiscalização dos contratos.

Além disso, os diretores das escolas também não são orientados a utilizar preferencialmente o meio escrito para informar eventuais problemas relativos à execução dos serviços, ainda que, em um primeiro momento, o contato possa ser realizado por telefone.

[...]

Os diretores das escolas relataram ainda dificuldade em saber o que deveria ser observado e exigido dos prestadores de serviço terceirizados, argumentando que não tinham cópia do contrato, nem outras orientações por escrito acerca de como deveriam proceder.

(destaques do original)

Portanto, diante das constatações registradas nos quesitos de 01 ao 05 do mencionado relatório, infere-se, ao menos, que há "deficiência da atividade estatal de acompanhamento e fiscalização dos contratos", visto que grande parte dos gestores dos estabelecimentos não sabe quem são os responsáveis pela fiscalização ou não receberam a visita da fiscalização (TCE/RN, 2013, p. 200).

1.6. Cumprimento irregular da carga horária

Também foram registradas evidências do cumprimento irregular da carga horária, consoante comentários dos quesitos 7 ao 11 (TCE/RN, 2013, p. 200-201):

> **Quesito 7** – Os diretores das escolas, em percentual pouco maior a 97%, afirmaram que os profissionais terceirizados estão todos os dias no estabelecimento de ensino e prestam o serviço a contento. [...]
>
> **Quesito 8 –** Com relação ao cumprimento da carga horária, 77% dos entrevistados afirmaram que os terceirizados cumprem 44 horas semanais, 20% informaram que os profissionais prestadores de serviço cumprem além das 44 horas previstas e 3% relataram que os terceirizados cumprem menos do que o estabelecido contratualmente.
>
> **Quesito 9 –** Quanto ao controle de frequ-

ência, 91,43% dos diretores fazem o controle de ponto dos profissionais terceirizados e 8,57% não o fazem.

Quesito 11 – Em relação ao encaminhamento deste controle de frequência, 82,86% dos diretores enviam a ficha de ponto mensalmente para as DIREDs, enquanto 17,14% informaram que a ficha de controle de ponto não é encaminhada, permanecendo arquivada na escola, ou apenas é remetida eventualmente para a DIRED, ou, ainda, é encaminhada diretamente para empresa prestadora dos serviços.

Importante destacar que mais de 97% dos profissionais terceirizados estão todos os dias nas escolas e prestam o seu serviço a contento, consoante informações obtidas dos próprios diretores. No entanto, isso não significa que os profissionais estão trabalhando conforme as condições estabelecidas em contrato.

Tanto é assim que aproximadamente 20% dos diretores informaram que os terceirizados trabalham mais de 44 horas semanais, havendo compensação quando possível, e outros 3% expuseram que os profissionais trabalham menos de 8 horas diariamente.

Ademais, foi constatada ausência de uniformidade em relação ao efetivo controle de frequência, bem como ao envio deste controle para o responsável pela fiscalização. Algumas escolas não fazem o controle de ponto, enquanto outras o fazem, mas não encaminham ao devido destino.
(destaques do original)

Destarte, o relatório da auditoria aponta que a maior parte dos profissionais terceirizados cumpre corretamente a carga horária. Entretanto, também foi levantada a situação de profissionais trabalhando além das 44 horas semanais, "havendo compensação quando possível", e outros trabalhando menos de 8 horas por dia, demonstrando-se que há irregularidade no cumprimento da carga horária por parte dos funcionários (TCE/RN, 2013, p. 201).

1.7. Ausência de utilização de EPIs

O relatório preliminar de auditoria informou sobre a ausência de utilização dos Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) pelos trabalhadores terceirizados, conforme descrito a seguir (TCE/RN, 2013, p. 201-203):

> **Quesito 13 -** No que diz respeito à utilização dos Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) pelos profissionais terceirizados, 42,86% dos diretores informaram a não utilização destes. Os demais diretores afirmaram que a utilização dos equipamentos de proteção, a exemplo de luvas, aventais, toucas, são utilizados pelos terceirizados, com a ressalva de que estes materiais são fornecidos pela própria escola.
>
> [...]

> a Equipe de Auditoria registrou, na visita de campo, diversas imagens que comprovam a não utilização de uniformes e EPIs pelos profissionais terceirizados. No entanto, para fins de preservar a identidade dos trabalhadores, tais registros não foram juntados ao presente relatório, constando apenas nos papéis de trabalho da auditoria.
>
> (destaque do original).

Conforme observado, grande parte da mão de obra terceirizada não utiliza os Equipamentos de Proteção Individual – EPIs, o que pode acarretar problemas quanto à segurança e à saúde dos profissionais.

1.8. Subordinação indevida

Problemas com a subordinação indevida de profissionais terceirizados também foram identificados no relatório preliminar de auditoria, conforme disposto no quesito 14, a seguir (TCE/RN, 2013, p. 203-204):

> **Quesito 14 -** Questionou-se aos diretores dos estabelecimentos de ensino se os problemas cotidianos ou relacionados à prestação dos serviços terceirizados eram solucionados pelos próprios diretores ou por outra pessoa da escola. Mais de 97% dos diretores afirmaram que sim. As orienta-

ções e a solução dos problemas cotidianos relativos aos profissionais terceirizados são solucionadas pelo diretor da escola.

Esse quesito evidenciou circunstâncias de um problema sério para a Administração Pública, configurado na subordinação do pessoal terceirizado aos diretores dos estabelecimentos de ensino. De bom alvitre deixar claro que não se trata de vedar a comunicação entre os diretores e os profissionais que prestam serviço, haja vista que o diretor ou a coordenação da escola é quem tem domínio das necessidades que devem ser satisfeitas no dia-a-dia.

Todavia, o que se pretende afastar é a relação de subordinação entre o diretor da escola e o terceirizado, como se este fosse um empregado do Estado, com existência de pessoalidade e subordinação, visto que a caracterização de relação de emprego pode acarretar ônus e demandas judiciais em desfavor da Administração Pública:

[...]

Das entrevistas realizadas com os diretores das escolas e também das conversações espontâneas com os próprios terceirizados, foram constatadas diversas evidências que apontam para a existência da subordinação destes aos diretores, senão vejamos:

- Ocorrência de profissionais terceirizados que ajustam o período de férias com o próprio diretor da escola, geralmente para o mês de janeiro, quando há recesso

no ano letivo. Exemplo: CAIC de São José de Mipibu.

- Ocorrência de profissionais terceirizados trabalhando além das 44 (quarenta e quatro) horas semanais, convencionando com o diretor da escola o dia em que vai trabalhar mais e quando irá compensar essas horas extras. Exemplo: EE Auta de Souza, em Macaíba.

- Ocorrência de profissionais terceirizados que cumprem apenas 40 (quarenta) horas semanais. Exemplo: EE. Barão de Mipibu e EE Hilton Gurgel de Castro, em São José de Mipibu. EE Professora Herondina Caldas, em Presidente Juscelino.

- Ocorrência de profissionais terceirizados trabalhando nos finais de semana, em ocasiões de mutirão de limpeza, ajustando com o diretor da escola o dia para compensação. Exemplo: EE Jean Mermoz, em Natal/RN.

- Ocorrência de profissionais terceirizados trabalhando 07 (sete) horas corridas. Exemplo: EE Matias Maciel, em Cunhaú, Canguaretama. EE. Professora Maria Araújo, em Parnamirim. EE Prof. Apolinário Barbosa, em Pirangi do Norte, Parnamirim. EE Senador Dinarte Mariz, em São Paulo do Potengi.

(destaque do original)

O problema da subordinação indevida também foi observado no relatório, tendo sido constatadas diversas situações que, de acordo com a auditoria, configuram a subordinação do profissional terceirizado ao diretor do estabelecimento de ensino, quando a subordinação deveria ocorrer entre o profissional e o seu empregador.

1.9. Desvio de função

Também houve registro de desvio de função, entre os profissionais terceirizados, conforme quadro a seguir:

Quadro 2 – Terceirizados em desvio de função

DIRED	CIDADE	ESCOLA	FUNCIONÁRIO	FUNÇÃO INFORMADA PELA EMPRESA	FUNÇÃO EXERCIDA
1ª	Natal	E. E. Jean Mermoz	DFM	Vigia desarmado	Porteiro
1ª	Natal	E.E. CAIC - Jessé Pinto P. Freire	BLS	Vigia desarmado	Porteiro
1ª	Natal	E.E. Clara Camarão	IAS	Vigia desarmado	Porteiro
2ª	Parnamirim	E.E. Antônio Basílio	RSM	Vigia desarmado	Porteiro
2ª	Nísia Floresta	E.E. Nísia Floresta	JDO	Servente de limpeza	Porteiro
2ª	Nísia Floresta	E.E. Nísia Floresta	EJN	Auxiliar de cozinha	Porteiro
4ª	São Paulo do Potengi	E.E. Senador Dinarte Mariz	ADO	Vigia desarmado	Porteiro
4ª	São Paulo do Potengi	E.E. Maurício Freire	ATM	Vigia desarmado	Porteiro
4ª	São Paulo do Potengi	E.E. Maurício Freire	FCA	Vigia desarmado	Porteiro
4ª	São Paulo do Potengi	E.E. Herondina Caldas	FJS	Vigia desarmado	Porteiro
5ª	Ceará-Mirim	E.E. CAIC - Ceará-Mirim	ABM	Vigia desarmado	Porteiro
5ª	Ceará-Mirim	E.E. CAIC - Ceará-Mirim	BRLF	Vigia desarmado	Auxiliar de limpeza
5ª	Ceará-Mirim	E.E. CAIC - Ceará-Mirim	JMSC	Vigia desarmado	Porteiro
5ª	Ceará-Mirim	E.E. CAIC - Ceará-Mirim	MTCF	Vigia desarmado	Porteiro
5ª	Ceará-Mirim	E.E. Barão de Ceará-Mirim	FAS	Vigia desarmado	Porteiro
5ª	Ceará-Mirim	E.E. Barão de Ceará-Mirim	LS	Vigia desarmado	Porteiro
5ª	Ceará-Mirim	E.E. Monsenhor Celso Cicco	FLO	Vigia desarmado	Porteiro
5ª	Ceará-Mirim	E.E. Monsenhor Celso Cicco	JPFC	Vigia desarmado	Auxiliar de limpeza
5ª	Ceará-Mirim	E.E. Monsenhor Celso Cicco	WNS	Vigia desarmado	Porteiro
5ª	Ceará-Mirim	E.E. Lavousier Maia Sobrinho	AMN	Vigia desarmado	Porteiro

Fonte: TCE/RN, 2013, p. 205

Nesse caso, o relatório identificou circunstâncias em que profissionais contratados para execer determinada função, estavam exercendo outras atividades, o que também pode ocasionar problemas para o profissional e para a Administração Pública.

Conforme anteriomente explicitado, o objetivo deste item inicial foi apresentar os resultados obtidos pela auditoria realizada pelo Tribunal de Contas na Secretaria de Educação do Estado, especificamente no que tange aos problemas relacionados ao regular cumprimento das obrigações trabalhistas e contratuais. Na sequência ocorrerá a análise das situações identificadas, à luz da doutrina e da jurisprudência.

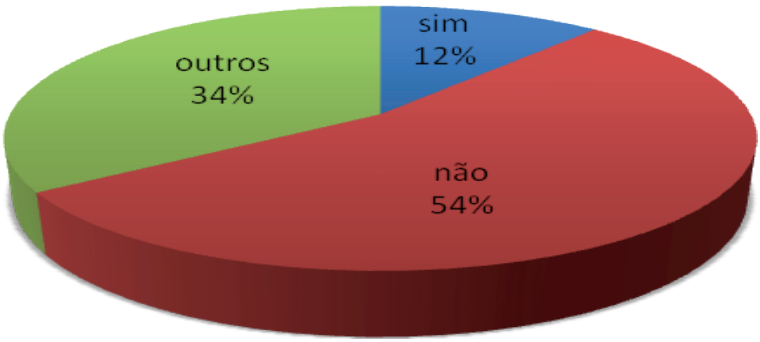
2. **Análise dos dados coletados**

Passa-se a discorrer sobre os principais problemas identificados na terceirização de mão de obra da SEEC/RN, de modo que se compreenda em que circunstância ocorre o fator irregular na relação jurídica estabelecida pela Administração Pública e o contratado, qual a possível causa para a ocorrência das irregularidades e quais as possíveis consequências justrabalhistas para a organização pública.

1.1. Quanto às falhas de fiscalização

O primeiro ponto a ser discutido diz respeito à questão da fiscalização contratual. Conforme delineado na auditoria realizada pelo TCE/RN, mais de cinquenta por cento dos diretores dos estabelecimentos escolares informaram não haver recebido visita de equipe de fiscalização da Secretaria de Educação, conforme percentuais destacados no gráfico abaixo:

Gráfico 1 - Fiscalização contratual



Fonte: TCE/RN, 2013, p. 197

A respeito do tema, é imperioso destacar que, para a Administração Pública, a fiscalização contratual não é meramente uma opção, não é ato discricionário, é, na verdade, uma obrigação, que se impõe pela Lei de Licitações e Contratos, nos termos do que dispõe o art. 67 do referido diploma legal:

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

Nessa vertente, vejamos a orientação do Tribunal de Contas da União acerca da fiscalização contratual (TCU, 2010, p. 708):

> É dever da Administração acompanhar e fiscalizar o contrato para verificar o cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas, em todos os seus aspectos, consoante o disposto no art. 67 da Lei nº 8.666/1993. Acompanhamento e fiscalização de contrato são medidas poderosas colocadas à disposição do gestor na defesa do interesse público.

Destarte, a fiscalização contratual é um dever da Administração Pública, que tem a incumbência de verificar se o contratado está cumprindo com todas as cláusulas pactuadas, sob pena de se estar realizando uma despesa pública sem a correspondente execução dos serviços, o que pode acarretar, dentre outros possíveis problemas, uma má prestação do serviço público.

O mesmo ocorre em relação à fiscalização dos serviços terceirizados. Se a fiscalização da execução contratual não se

realizar de maneira tempestiva e abrangente, a Administração Pública corre o risco de não receber uma boa prestação de serviços e ainda ter de suportar possíveis responsabilidades na seara da Justiça do Trabalho.

Com efeito, no caso específico de contratação de mão de obra terceirizada, a fiscalização contratual tem sido objeto de reiteradas decisões do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a fiscalização deve zelar para que a contratada cumpra com suas obrigações trabalhistas, sob pena responsabilidade subsidiária da Administração Pública, conforme pode ser observado pelos Acórdãos 1391/2009 (Plenário), 646/2007 (Plenário) e 1844/2006 (Primeira Câmara), respectivamente (TCU, 2010, p. 783, 786 e 788):

> Fiscalize a execução dos contratos de prestação de serviços, em especial no que diz respeito à obrigatoriedade de a contratada arcar com todas as despesas decorrentes de obrigações trabalhistas relativas a seus empregados, de modo a evitar a responsabilização subsidiária da entidade pública, uma vez que a ausência de pendência por ocasião da assinatura do contrato não assegura que isso não venha a ocorrer durante a execução do contrato.
>
> (destaques acrescidos)
>
> Observe rigorosamente, na fiscalização dos contratos de prestação de serviços, notadamente os que envolvam fornecimento

> de mão-de-obra terceirizada, o disposto no art. 76 da Lei n. 8.666/1993, de modo que o registro das ocorrências afetas à sua execução, particularmente as faltas ao serviço, justificáveis ou não, dos terceirizados, seja formalmente realizado no mês em que ocorrerem, refletindo assim seu impacto financeiro na fatura do próprio mês.
>
> (destaques acrescidos)
>
> Fiscalize a execução dos contratos de prestação de serviços, em especial no que diz respeito à obrigatoriedade de a contratada arcar com todas as despesas, diretas e indiretas, decorrentes de obrigações trabalhistas, relativas a seus empregados que exercem as atividades terceirizadas, e adote as providências necessárias à correção de eventuais falhas verificadas, de modo a evitar a responsabilização subsidiária da entidade, nos termos do Enunciado/ TST nº 331.
>
> (destaques acrescidos)

Conforme visto, a advertência do TCU para que os gestores públicos procedam com a correta fiscalização contratual reside na possibilidade de a Administração Pública ter de responder subsidiariamente pelos encargos trabalhistas, caso a contratada não venha a adimplir com suas obrigações.

A respeito de quais obrigações trabalhistas está sujeita a Administração Pública, na condição de responsável subsidiária

pelo inadimplemento da contratada, impende registrar a lição de Almeida (2009, p. 56), que assim leciona:

> As obrigações trabalhistas abrangem parcelas pagas diretamente ao empregado, tais como salário, horas extras, 13º salário, férias, insalubridade e periculosidade. Forma-se, como já dito, a responsabilidade subsidiária da Administração pelas obrigações trabalhistas. Deve-se estabelecer fiscalização periódica, no mínimo, por amostragem, do cumprimento dessas obrigações. É recomendável, quando da elaboração dos contratos, inserir permissivo de auditoria das obrigações trabalhistas.
>
> (destaques acrescidos)

Pois bem, consoante já pacífico no TST (Tribunal Superior do Trabalho), por meio da Súmula 331, a responsabilidade da Administração Pública será subsidiária e aferida mediante conduta culposa, não decorrendo de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela contratada.

Em outros termos, a Administração Pública poderá responder se não zelar pelo cumprimento das obrigações estabelecidas na Lei de Licitações e Contratos, isto é, se restar caracterizada a culpa *in vigilando* da Administração quanto à sua obrigação fiscalizatória. Nesse sentido, observe-se a lição de Delgado (2014, p. 479):

> Não podem, por outro lado, também per-

> sistir dúvidas de que a responsabilidade trabalhista em situações de terceirização abrange, ainda, toda e qualquer entidade estatal. A controvérsia injustificável existente foi afastada, a partir do novo texto do inciso IV da Súmula 331, aprovado pela Resolução 96/2000 do Tribunal Superior do Trabalho.
>
> É bem verdade que recente decisão do STF, ao julgar a ADC 16, em novembro de 2010, pareceu flexibilizar, em certa medida, esta responsabilidade no plano do Estado. Ao declarar *constitucional* o art. 71 da Lei de Licitações, a Corte Máxima pontuou que o simples inadimplemento da empresa terceirizante não importaria automática responsabilidade da entidade estatal tomadora de serviços. Porém, felizmente, no mesmo julgado ficou estabelecida a inarredável presença da responsabilidade subjetiva por culpa, de caráter contratual, *desde que configurada a inadimplência da entidade estatal no tocante à sua obrigação fiscalizatória sobre a empresa de terceirização, relativamente aos direitos trabalhistas devidos a seus empregados* (responsabilidade por culpa *in vigilando*).
>
> (destaques do original)

O entendimento acima exposto é corroborado pela jurisprudência do TST, senão vejamos:

> Ementa: RECURSO DE REVISTA. CONVÊNIO. EDUCAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA INDEVIDA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA *IN VIGILANDO* CARACTERIZADA. Consta do acórdão regional: "Na hipótese analisada, além da irregularidade no convênio realizado, que atrai a responsabilidade solidária do Município em razão da terceirização ilícita, não houve fiscalização da execução, dos contratos mantidos com os respectivos empregados da prestadora de serviços, tanto que o segundo reclamado sequer possui a documentação atinente ao contrato de trabalho, como se extrai do teor de sua defesa" (fl. 263). O Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação nº 13.901 AgR/SP, Relator Ministro Celso de Mello, DJe de 12/4/2013, registrou que: "Como o controle da regularidade da execução dos contratos firmados com a administração deve ser feito por dever de ofício, é densa a fundamentação do acórdão reclamado ao atribuir ao Estado o dever de provar não ter agido com tolerância ou desídia incompatíveis com o respeito ao erário". Dessa forma, caracterizada a culpa *in vigilando* do contratante, por descumprimento das normas de fiscalização do contrato de prestação de serviços realizado, deve ser reformada a decisão recorrida para ser reconhecida a **responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, a qual deve abranger toda a condenação**, nos termos da jurisprudência desta c. Corte e do excelso STF (Súmula nº 331, V e VI, do TST e ADC nº 16). Ademais, esta Corte consolidou o entendimento de que em se tratando de terceirização ilícita, a responsabilidade do ente público tomador dos serviços, quando cabível, é meramente

> subsidiária, e não solidária, a teor da Súmula 331, IV, do TST. Precedentes. Recurso de revista conhecido por contrariedade à Súmula no 331, V, e parcialmente provido.
>
> (Processo: RR - 247-61.2011.5.15.0063. Data de Julgamento: 11/02/2015, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015). (destaques acrescidos)

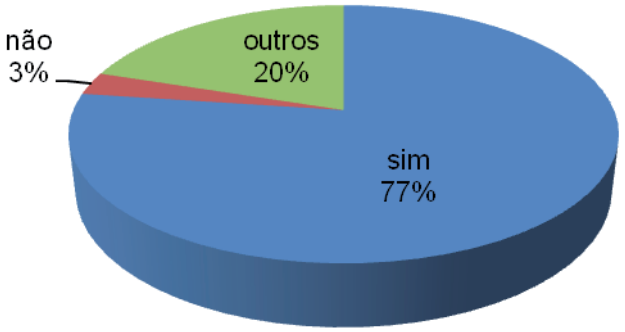
Todo esse desdobramento somente reforça a importância e a necessidade de que a Administração Pública mantenha uma fiscalização contratual atuante, zelando para que o contratado cumpra com todas as obrigações pactuadas, especialmente quando se trata de prestação de serviço envolvendo mão de obra terceirizada.

1.2. Quanto ao cumprimento irregular da carga horária

Passando agora para a análise do cumprimento da carga horária, observou-se que a maioria dos trabalhadores terceirizados, em um percentual de setenta e sete por cento, cumpre regularmente a carga horária estabelecida de quarenta e quatro horas semanais.

Todavia, a auditoria do TCE/RN apontou também que três por cento dos trabalhadores cumprem menos que oito horas semanais e vinte por cento deles trabalham além da jornada semanal devida, nem sempre ocorrendo a compensação. O gráfico abaixo ilustra o fato:

Gráfico 2 - Cumprimento da carga horária



Fonte: TCE/RN, 2013, p. 197

O tema em apreço merece atenção da Administração Pública. Apesar de a maioria dos terceirizados cumprir regularmente a carga horária, o foco da questão volta-se para o percentual dos trabalhadores que não cumprem regularmente a jornada de trabalho.

Se o terceirizado trabalha menos do que o previsto, é impe-

rioso que o fiscal do contrato registre a ocorrência, procedendo à glosa em documento próprio, a fim de que não haja pagamento por serviço não prestado.

Por outro lado, se o terceirizado trabalha além das quarenta e quatro horas semanais, é recomendável que a Administração Pública não consinta com esta conduta, se não houver previsão contratual para pagamento de horas extras ou para compensação de horário.

A respeito do tema, o TCU também tem advertido os gestores públicos quanto à necessidade de se manter rígido controle sobre as horas trabalhadas dos profissionais terceirizados, consoante Acórdão 1330/2008 Plenário (TCU, 2010, p. 204):

> Exerça, nos contratos de prestação de serviço, em que haja disponibilização de mão-de-obra para o órgão, controle efetivo da freqüência e das horas trabalhadas, exija dos fiscais desses contratos exames detalhados prévios ao atesto das informações contidas nos controles de freqüência exercidos pelas empresas e somente efetue os pagamentos dos períodos efetivamente trabalhados. (destaques acrescidos)

A recomendação do TCU visa preservar a regularidade da prestação contratual, buscando evitar que a Administração

Pública venha a responder por eventual inadimplência das obrigações trabalhistas do contratado.

Ainda em relação ao tema, observe-se o Acórdão 20150129704, da 6ª Turma do TRT de São Paulo:

> EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PROVA DA CULPA. A inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do empregador não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, consoante dispõe o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93, declarado constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 24 de novembro de 2010 (Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF). Esta é a regra quando o órgão público age diligentemente na fiscalização do cumprimento das normas advindas das relações juslaborais entre a empresa terceirizada e os empregados que lhe prestam serviços. Para tanto, nos contratos decorrentes da prestação de serviços através de cessão de mão-de-obra, o acompanhamento e a fiscalização devem ser realizados não apenas sob os aspectos quantitativo e qualitativo (parte operacional), mas também por meio da análise documental apresentada pela contratada de forma periódica e obrigatória juntamente com a nota fiscal/fatura. No presente caso, embora tenha a segunda ré apresentado demonstrativos de pagamento e relação parcial de recolhimentos ao FGTS e INSS, não há como concluir pelo efetivo cumprimento do poder-dever da Administração de fiscalizar a

> regularidade das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços. A condenação contempla, entre outras parcelas, o pagamento de horas extras, multa normativa pelo atraso no pagamento de salário e diferenças de FGTS. Os cartões de ponto juntados pela tomadora consignam horários invariáveis o que se contrapõe ao disposto na cláusula LVI, item "e" do próprio contrato de terceirização. Da mesma forma, a relação de recolhimento ao FGTS trazida pela segunda ré não abrange todo período contratual. Conclui-se, assim, que mesmo dispondo de meios legais e contratuais para fiscalizar a prestação de serviços, optou a segunda reclamada por não fazê-lo, furtando-se ao dever que lhe incumbia.
>
> (Processo: RO - 00019177820125020446. Data de Julgamento: 24/02/2015, Relator: Valdir Florindo, 6ª Turma, Data de Publicação: 04/03/2015). (destaques acrescidos)

Conclui-se, portanto, que a fiscalização contratual pela Administração Pública deve observar rigorosamente o cumprimento da carga horária estabelecida para a jornada de trabalho dos profissionais terceirizados, sob pena de a Administração responder pelo inadimplemento das obrigações da empresa contratada.

1.3. Quanto à ausência de utilização dos EPIs

A próxima questão a ser analisada diz respeito à ausência de utilização dos equipamentos de proteção individual (EPIs). Sobre este tema, a equipe de auditoria do TCE/RN constatou que aproximadamente quarenta e três por cento dos profissionais terceirizados não utilizam os EPIs, ao passo em que outros quarenta e três por cento utilizam o material fornecido pelas escolas e quatorze por cento fazem uso dos equipamentos, conforme sintetizado no gráfico abaixo:

Gráfico 3: Utilização de EPIs

Fonte: TCE/RN, 2013, p. 197

O disciplinamento normativo em relação aos EPIs encontra previsão na CLT, de onde se extrai que as empresas são obrigadas a fornecer gratuitamente os equipamentos de proteção individual sempre que houver riscos de acidentes e danos à saúde dos obreiros, conforme disposto no art. 166 do referido diploma legal:

> Art. 166 - A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados. (destaques acrescidos)

A CLT também impõe aos trabalhadores a obrigação de uso dos equipamentos que lhes são fornecidos, configurando ato faltoso a injustificada recusa de utilização, senão vejamos:

> Art. 158 - Cabe aos empregados:
>
> I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;
>
> II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.
>
> Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:

> a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;
>
> b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa. (destaques acrescidos)

Consoante observado, o legislador preocupou-se com a questão da saúde e da segurança do obreiro, impondo ao empresário a obrigação de fornecimento dos EPIs e aos empregados a obrigação de utilização. Portanto, é um ponto que merece atenção tanto para os empregadores, quanto para quem toma a prestação dos serviços, como é o caso da Administração Pública, quando da contratação de serviços terceirizados de mão de obra.

No caso em estudo, o percentual de trabalhadores que não utiliza o EPI é significativo, alcançando quarenta e três por cento da amostra considerada. Observe-se que o trabalho de limpeza e conservação, realizado pelos serventes de limpeza, ainda que seja no ambiente escolar, não desobriga a empresa do fornecimento dos equipamentos e os obreiros de sua utilização, visto ser considerada atividade que expõe o trabalhador a agentes biológicos, devendo, inclusive, ser pago o adicional de insalubridade em seu grau máximo.

Para elucidar a questão, observe-se excerto do voto da Ministra Kátia Magalhães Arruda, da 6ª Turma do Tribunal

Superior do Trabalho, proferido nos autos do Processo nº TST-RR-79200-46.2010.5.17.0151:

> A Reclamante ficava exposta a Agentes Biológicos (Anexo 14 da NR-15), realizava limpeza de banheiros públicos, durante todo o período laboral. Face o exposto, as atividades exercidas pela Reclamante são enquadradas como INSALUBRES DE GRAU MÁXIMO.
>
> E mais: a recorrida não fornecia EPI's.
>
> A reclamante contratada como auxiliar de serviços gerais, exercia suas funções limpando salas e banheiros, e entrando em contato direto com produtos químicos e lixo, que são considerados agentes insalubres, nos termos da NR 15. (...)
>
> (...)
>
> Logo, a reclamante mantinha contato com agentes insalubres, em atividade classificada como insalubre pela NR-15 da Portaria 3.214/78. Ante a ausência de prova de fornecimento de EPI, presume-se que a autora manuseava diretamente produtos químicos e lixo sem qualquer proteção, como luvas, botas, óculos de segurança, máscara, etc. Além disso, não há comprovação de participação da obreira em treinamentos específicos quanto à importância e utilização dos equipamentos, treinamento este obrigatório e essencial à neutralização da insalubridade, conforme preconiza a NR-06, da Portaria 3.214/78, do Ministério do Trabalho e Emprego.

> Ora, se a reclamante fazia a limpeza dos banheiros da escola, não é necessário ter grandes conhecimentos técnicos para perceber que as atividades da reclamante são realizadas com o manuseio de lixo urbano.
>
> Assim, resta evidente que as atividades se enquadram naquelas descritas na NR 15, anexo 14, onde consta previsão de que as atividades de coleta de lixo urbano caracterizam insalubridade em grau máximo.
>
> (...)
>
> Portanto, comprovado que a recorrente trabalhava com a limpeza, entre outros locais, de banheiros de escola pública, entendo presente atividade insalubre em grau máximo, sendo devido o adicional e os reflexos pleiteados no item 2, alínea 'd', da inicial." (fls. 246/248)
>
> (Processo: RR - 79200-46.2010.5.17.0151. Data de Julgamento: 26/06/2013, Relator: Ministra Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: 28/06/2013). (destaques acrescidos).

Destarte, conforme a jurisprudência, os serviços de conservação e limpeza em âmbito escolar não dispensam a utilização do EPI, mormente por se tratar de local público cujos agentes patológicos encontrados em banheiros e em outros ambientes são comparados aos encontrados em lixo urbano.

Nesses termos, não é demasiado lembrar que a Administra-

ção Pública está sujeita à responsabilidade subsidiária (Súmula 331 do TST) pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas não honradas pelo contratado. Nesse diapasão, vejamos julgamento de caso relacionado ao pagamento de adicional de insalubridade e à ausência de utilização de EPI, no Acórdão nº 20130633261 da 10ª Turma do TRT de São Paulo:

> EMENTA: RECURSO DA 1ª RECLAMADA. Adicional de insalubridade. [...] A reclamante alega que sempre trabalhou exposta a agentes insalubres que lhe garantiriam o adicional em grau máximo e provou o fato constitutivo de seu direito. [...] A atividade desenvolvida pela reclamante está devidamente classificada na norma regulamentadora (Portaria 3.214/78, NR-15, Anexo nº 14, agentes biológicos) e o trabalho se deu no setor de emergência do PS, onde o perito constatou insalubridade em grau máximo. O perito afirmou que não foram entregues os comprovantes de entrega de EPI e, em resposta à pergunta "Se fornecidos os EPI´s, esclarecer se eram suficientes para neutralizar a ação de agentes nocivos porventura existentes no local", reportou-se ao item do quesito anterior, ou seja, que não foram fornecidas as fichas de entrega de EPIs. Sem prova da entrega de EPIs, não há que se cogitar em regular utilização e nem mesmo em completa neutralização dos agentes. Na medida em que a reclamada admite o pagamento de adicional de insalubridade em grau médio e máximo, certo é que os agentes nocivos não eram completamente neutralizados por EPIs nas atividades desenvolvidas pelos serventes. Mantenho. RECURSO DA

RECLAMANTE. Responsabilidade subsidiária. Ente público. Da culpa in eligendo e in vigilando. Prospera o recurso, pois há responsabilidade do ente público pelos direitos sonegados à reclamante, ainda que em caráter subsidiário. O instituto da subsidiariedade resulta na obrigatoriedade do tomador de serviço em responder pelos direitos do empregado a ele oferecido pela empresa prestadora; [...] Ainda que tenha a reclamada formalizado contrato de terceirização de serviços em obediência à Lei 8666/93, deveria ter analisado com critério, no curso da prestação de serviços, a higidez financeira da empresa contratada e o regular cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária, já que os pagamentos a ela efetuados são realizados com fundos provenientes da Administração Pública. É importante destacar que não basta o cumprimento de todas as exigências previstas em lei, no momento da contratação pelos entes vinculados à Administração Pública, mas no curso de todo o contrato já que também durante a sua consecução, os princípios constitucionais da administração pública devem estar presentes. A única forma de eximir a ré de qualquer responsabilidade nos autos seria através da comprovação de que houve a fiscalização da atividade da empresa contratada de forma contínua e minuciosa. Na medida em que a condenação é restrita ao período em que a reclamante trabalhou no pronto socorro, quando deveria ter recebido o adicional em grau máximo, verificada a ausência de fiscalização do trabalho prestado pela empregada com os pagamentos efetuados com recursos

> públicos, deve a Fazenda responder, em caráter subsidiário, pelo cumprimento da obrigação. Dou provimento.
>
> Processo: RO - 02364003220095020002. Data de Julgamento: 11/06/2013, Relator: Marta Casadei Momezzo, 10ª Turma, Data de Publicação: 18/06/2015). (destaques acrescidos)

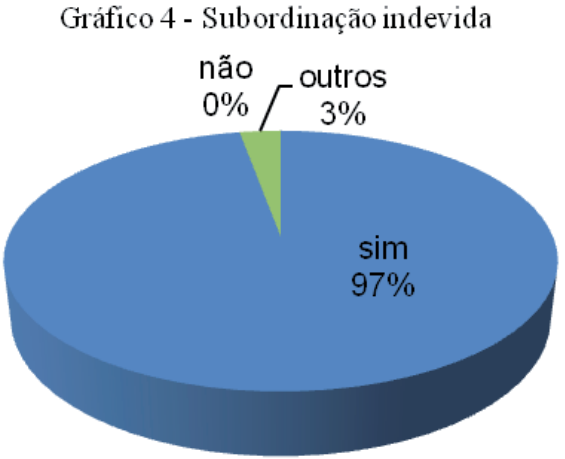
Conforme destacado, a utilização do EPI é essencial para neutralizar a ação de agentes nocivos à saúde do trabalhador, e as ausências da proteção e do pagamento do adicional de insalubridade podem dar ensejo à condenação na seara trabalhista.

Logo, diante da possibilidade de a Administração Pública responder subsidiariamente (Súmula 331 do TST) pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da contratada, urge que a gestor público seja diligente na fiscalização contratual, tanto no aspecto formal, relacionado à documentação a ser exigida para comprovação das obrigações, quanto ao aspecto operacional da prestação dos serviços.

1.4. Quanto à subordinação indevida

Outro ponto a ser analisado diz respeito à questão da subordinação dos profissionais terceirizados. Nesse caso, a audi-

toria do TCE/RN constatou que noventa e sete por cento dos empregados prestadores de serviço de mão de obra terceirizada respondem ou se dirigem diretamente aos diretores das unidades de ensino, para a solução dos problemas diários, conforme sintetizado no gráfico abaixo:



Fonte: TCE/RN, 2013, p. 197

Como fatores que caracterizariam a subordinação indevida, a auditoria apontou que os terceirizados ajustavam diretamente com os próprios diretores das unidades de ensino as suas férias, a compensação de horários, os mutirões de limpeza em finais de semana e outros problemas cotidianos.

Para melhor compreensão do tema, importa tecer algumas

considerações sobre os elementos que configuram a relação de emprego. Primeiramente devem ser observados os arts. 2º e 3º da CLT, *caput*, dos quais se extraem as características da relação empregatícia:

> Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.
>
> Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

A partir desses artigos, a doutrina identifica quatro elementos essenciais à caracterização da relação de emprego, quais sejam, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. Nessa esteira, vejamos a lição de Barros (2011, p. 207):

> Daí se extraem os pressupostos do conceito de empregado, os quais poderão ser alinhados em: pessoalidade, não eventualidade, salário e subordinação jurídica (art. 3º da CLT). Esses pressupostos deverão existir. Na falta de um deles a relação de trabalho não será regida pela disciplina em estudo.

No mesmo rumo, consoante a jurisprudência do TRT de São Paulo, os elementos caracterizadores da relação de emprego devem existir ao mesmo tempo, para configurar o vínculo empregatício:

> Ementa: Vínculo de emprego. Requisitos. O reconhecimento de vínculo empregatício depende da análise dos fatos trazidos a juízo, com a avaliação do conjunto probatório em sua totalidade, na busca dos elementos configuradores da relação de emprego, entre os quais avulta a subordinação, que, entretanto, não dispensa a verificação, também, da pessoalidade, da onerosidade e da não-eventualidade. Ausente um dos requisitos, não se caracteriza o vínculo. Recurso Ordinário obreiro não provido.
>
> (Processo 00018448220135020281 A28. Recurso Ordinário. Acórdão 20150259160. Relator: DAVI FURTADO MEIRELLES. Revisor: FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO. Publicado em 28/04/2015)
>
> (destaques acrescidos)

EMENTA: VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ELEMENTOS CARACTERIZADORES. Para a caracterização do vínculo empregatício, a conjugação dos artigos 2º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, exige que estejam presentes todos os requisitos relacionados com a continuidade, subordinação jurídica, pessoalidade e salário. Pelo empregador a assunção do risco do empreendimento e a direção dos serviços.

(Processo 00033035020135020013 A28. Recurso Ordinário. Acórdão 20150326283. Relator: RIVA FAINBERG ROSENTHAL. Revisor: FLÁVIO VILLANI MACÊDO. Publicado em 24/04/2015)

Portanto, doutrina e jurisprudência consentem que os elementos caracterizadores da relação de emprego, quais sejam, subordinação, pessoalidade, salário e não eventualidade, devem estar presentes simultaneamente, para configurar o

vínculo empregatício. Além destes elementos, também se destacam, pelo lado do empregador, as características da alteridade, materializada pela assunção do risco econômico, e poder diretivo na condução dos serviços.

Voltando-se a atenção para o elemento subordinação, objeto de estudo no momento, Barros (2011, p. 209) ensina que o termo pode ser associado à qualificação técnica, econômica, social e jurídica. Aprofundando o tema, vejamos a distinção das expressões, segundo a dicção da referida autora:

> O critério da **subordinação técnica** é atribuído à Sociedade de Estudos Legislativos da França. De acordo com esse critério, o empregador, em virtude de sua atividade, está em posição de comandar tecnicamente o trabalho dos que se acham sob suas ordens. Sustenta-se que a dependência técnica é apenas um dos aspectos da subordinação jurídica.
>
> [...]
>
> Já o **critério da dependência econômica** é originário da doutrina alemã e parte da circunstância de que o empregado necessita do trabalho e do correspondente salário para sobreviver, em face da sua condição de hipossuficiente no plano econômico. Embora o empregado dependa, em geral, do salário para viver, o critério é falho, porque se baseia em um elemento extrajurídico. Poderá ocorrer de o empregado possuir capacidade econômico-financeira e não

> necessitar de seu contrato de trabalho para sobreviver.
>
> A **subordinação social**, por sua vez, é uma resultante dos critérios de subordinação técnica e econômica. Os adeptos dessa terminologia justificam-na com base no fato de que o empregado, para viver, depende do trabalho que lhe dá o empregador, sem assumir os riscos da atividade econômica, mas obedecendo às ordens do patrão. Esse critério, atribuído a Savatier, também se mostra inadequado. Na verdade, descreve a situação do trabalhador como sujeito de um contrato de trabalho; entretanto, focaliza apenas o aspecto social da questão, sem passar à análise do título jurídico que autoriza o empregador a dar ordens ao empregado.
>
> (destaque do original)

Embora a doutrina aponte a existência das teorias técnica, econômica e social como caracterizadoras da subordinação, Barros (2011, p. 210) aduz que o conceito de subordinação jurídica é o mais aceito pela doutrina e jurisprudência, vejamos:

> **Paul Colin define a subordinação jurídica como** "um estado de dependência real criado pelo direito de o empregador comandar, dar ordens", donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. Por essa razão, chamou-se essa subordinação de jurídica.

> Esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco torna-se necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados, mesmo porque, em relação aos trabalhadores intelectuais, ela é difícil de ocorrer. O importante é que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado. (destaque do original)

Igual conceito também foi abordado em acórdão do TRT do Rio de Janeiro, entendendo-se que a "subordinação jurídica significa que o trabalhador se encontra sob o comando, a direção ou às ordens de outra pessoa [...] que se beneficia do trabalho prestado", *in verbis*:

> EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. Como se sabe, para a configuração do vínculo de emprego, mister a verificação dos requisitos previstos no artigo 3º da CLT na relação havida entre as partes, como: a pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica. Subordinação significa a sujeição às ordens de outrem. No âmbito do contrato de emprego, a subordinação jurídica significa que o trabalhador se encontra sob o comando, a direção ou às ordens de outra pessoa física ou jurídi-

> ca, que se beneficia do trabalho prestado. A configuração da subordinação importa sempre na supressão ou mitigação da autonomia do trabalhador que, quando trabalha para si ou para outrem, sem vínculo empregatício, possui ampla e abrangente liberdade no trabalho. No caso de terceirização envolvendo ente da Administração Pública, a subordinação deve se dar em relação ao contratante, pois o vínculo de emprego com o ente público esbarra no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal/1988.
>
> (Processo 03619007620055010261. Recurso Ordinário. Relator: Flavio Ernesto Rodrigues Silva. Publicado em 22-09-2011)
>
> (destaques acrescidos)

Ao mesmo tempo em que discorre sobre as características da subordinação jurídica, o julgamento supracitado também deixa claro que, ainda que configurada a subordinação no caso de terceirização, não haverá vínculo de emprego com a Administração Pública, visto que, para tanto, não há como fugir do requisito constitucional do concurso público, disposto no art. 37, inc. II, da Carta Magna.

Sobre o tema, impende registrar que o inc. II da Súmula 331 do TST já preconiza que a contratação irregular de trabalhador não gera vínculo com a Administração Pública, vejamos:

> CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.
>
> [. . .]
> II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

Desse modo, resta assente na jurisprudência que a contratação irregular de terceirizados, ainda que configurados os elementos previstos nos arts. 2º e 3º da CLT, quais sejam, subordinação, pessoalidade, salário e não eventualidade, não gera vínculo de emprego com a Administração Pública, máxime a previsão constitucional de realização de concurso público para provimento de cargo ou emprego no setor público.

Em que pese a situação irregular acima descrita não gerar vínculo de emprego do terceirizado com a Administração Pública, tal circunstância não elide o órgão público da responsabilidade subsidiária (Súmula 331 do TST) pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa contratada, segundo entendimento emanado do TRT do Rio de Janeiro, senão vejamos:

> EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-MEIO. SUBORDINAÇÃO DIRETA. ILICITUDE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE. PROCEDÊNCIA. Restando evidenciado que o caso envolveu contratação de pessoal, por entidade interposta, para prestação de serviços em atividade-meio sob subordinação do órgão público contratante, fica caracterizada a sua ilicitude, com o consequente reconhecimento da responsabilização subsidiária deste último.
>
> (Processo 00009882020115010022. Recurso Ordinário. Relator: Rildo Brito. Publicado em 05-02-2014) (destaques acrescidos)

Demonstrando preocupação com essa possível responsabilidade da Administração Pública, o TCU tem orientado os gestores públicos a evitarem qualquer interferência com terceirizados que possa caracterizar subordinação, conforme Decisão 777/2000 (TCU, 2010. p. 788):

> [...] defina contratualmente a forma da prestação dos serviços contratados, tornando explícita sua caracterização como serviços ligados à atividade meio e desprovidos de pessoalidade e subordinação direta quanto ao pessoal que os executar, em obediência ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal e ao Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho; (destaques acrescidos)

Igualposicionamentofoimanifestadono Acórdão 1978/2004 Plenário (TCU, 2010, p. 206):

> Deve ser coibida toda e qualquer forma de procedimento que possa caracterizar a subordinação direta de trabalhadores terceirizados a quaisquer dos gestores, exigindo a presença de prepostos das contratadas em suas dependências em todo o tempo de expediente de prestação de serviços.
>
> (destaques acrescidos)

Pelo exposto, voltando-se para o caso em tela, entende-se que, se os diretores das unidades de ensino exercem o comando, a direção, e exprimem ordens aos profissionais terceirizados, configura-se uma relação de subordinação indevida, embora desta relação não possa decorrer o vínculo empregatício, pelas razões anteriormente delineadas. Todavia, persiste a responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa contratada.

Destarte, a fiscalização contratual também se mostra como fator determinante para que não ocorra a subordinação direta do profissional terceirizado a qualquer agente público, sendo certo que a subordinação do obreiro deve ocorrer com o seu empregador, podendo ser representado pelo pre-

posto da empresa na relação contratual estabelecida com a Administração Pública.

1.5. Quanto ao desvio de função

A partir de agora vamos a abordar o tema desvio de função. Registre-se, de início, que o relatório de auditoria não estabeleceu relação percentual para a questão em análise, sendo destacados casos específicos observados em determinadas unidades escolares, conforme Quadro 2.

De acordo com o relatório produzido pela equipe de auditoria do TCE/RN, constatou-se que alguns terceirizados que haviam sido contratados para determinada função estavam, na realidade, executando outras atividades, inerentes a categorias profissionais distintas.

Mais precisamente, houve registro apontando que empregados das categorias vigias desarmados, serventes de limpeza e auxiliares de cozinha exerciam, na prática, a função de porteiros das escolas. Também foi constatado que alguns vigias desarmados estavam exercendo as atividades de servente de limpeza.

Segundo a recente **LEI Nº 13.429, DE 31 DE MARÇO**

DE 2017, que trata de terceirização, em seu artigo 5º-A, § 1º, "é vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços."

Voltando-se, então, para o caso objeto desta pesquisa, buscou-se verificar o nível de qualificação exigido para os cargos de vigia desarmado, auxiliar de cozinha, porteiro e servente de limpeza, assim como averiguar o patamar remuneratório de cada uma das categorias profissionais, visando aferir a ocorrência de desvio de função, quando um destes profissionais exerce a atividade do outro.

Para tanto, analisou-se o contrato nº 008/2008, firmado entre a empresa empregadora e a SEEC/RN, bem como foram examinadas as planilhas de formação de preços relacionadas a este contrato e a Convenção Coletiva de Trabalho do Sindicato das Empresas Prestadoras de Serviços de Mão de Obra do Estado do Rio Grande do Norte (SINDPREST).

Após as análises devidas, verificou-se que o nível de exigência técnica e de qualificação das categorias profissionais em análise é o mesmo, correspondendo a funções de níveis básicos de execução de serviços. Dessa forma, não há o que se falar em trabalho qualitativamente superior ao realizado no cargo primitivo. Além disso, verificou-se que o salário

de cada uma das categorias aqui consideradas é igual, correspondendo ao salário normativo estabelecido na Convenção Coletiva de Trabalho, constando também na planilha de custos e formação de preços.

Desse modo, na situação em apreço, embora alguns profissionais de uma determinada categoria profissional estivessem exercendo atividades de outra, não se configura, a nosso ver e nesse caso específico, a circunstância de desvio de função, pelos fundamentos jurídicos até aqui observados.

Isso não significa, contudo, que a Administração Pública esteja desobrigada da fiscalização contratual e a salvo da responsabilidade subsidiária (de acordo com a Súmula 331 do TST), que eventualmente decorresse da relação jurídica estabelecida.

Muito pelo contrário, conforme visto na jurisprudência dos Tribunais do Trabalho, havendo, de fato, as circunstâncias que caracterizam o desvio de função, é devida a remuneração correspondente à diferença de salário existente entre as categorias consideradas.

Portanto, incumbe à Administração Pública fiscalizar e zelar pelo regular cumprimento do contrato estabelecido com a empresa empregadora, sob pena de responder subsidiária (Súmula 331 do TST) pelo inadimplemento das obrigações

trabalhistas que originalmente eram da empresa contratada para prestação de serviços de mão de obra terceirizada.

3. Conclusão

Ao final desta pesquisa, conclui-se que a possível causa para a ocorrência das inconformidades apresentadas na contratação de mão de obra terceirizada em estudo, quais sejam, cumprimento irregular da carga horária, ausência de utilização dos EPIs, subordinação indevida e desvio de função, com a ressalva feita a este último caso, foi a deficiência ou ausência de efetiva fiscalização contratual, demonstrando-se que a Administração Pública não está sendo diligente com sua obrigação de fiscalizar a prestação dos serviços de mão de obra terceirizada.

Como possível consequência, a Administração Pública está passível de responder subsidiariamente (dicção da Súmula 331 do TST) pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias que não tenham sido solvidas pela empresa contratada, o que é, desde logo, um ônus a mais a pesar no orçamento público do Estado.

Para além das observações que já foram aqui pontuadas, as constatações deste estudo conduzem à reflexão acerca das

condições de trabalho dos profissionais terceirizados. Observe-se que, abstraindo-se a questão da deficiência de fiscalização, restou evidenciado que os obreiros que dispõem do seu labor por meio da terceirização de mão obra estão sujeitos a condições precárias de trabalho.

As circunstâncias aqui referenciadas, em que os trabalhadores excedem a sua carga horária estabelecida, sem a devida compensação, deixam de utilizar os equipamentos de proteção individual, sujeitando-se a contrair patologias diversas, e exercem atividades para as quais não foram contratados, constituem apenas exemplos elementares a demonstrar o quanto o empregado terceirizado está vulnerável na relação estabelecida entre o capital e o trabalho.

Por fim, como resultado deste estudo de caso, e sem a pretensão de se ter esgotado o tema, espera-se ter contribuído para a discussão acerca da terceirização de mão de obra na Administração Pública, tendo em vista que não só foram expostas e analisadas situações que podem responsabilizar a organização pública, como também foi identificada possível causa para os problemas referidos, de modo que, enfrentando o gestor público a causa do problema, poderá evitar consequências negativas do ponto de vista social, jurídico-trabalhista e administrativo, relativamente à contratação de mão de obra terceirizada.

Referências

ALMEIDA. Carlos Wellington Leite de. **Fiscalização contratual:** "Calcanhar de Aquiles" da execução dos contratos administrativos. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasil. Ano 41. Número 114. Janeiro/abril 2009. ISSN 0103-1090. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056872.PDF>. Acesso em: 2 mai. 2015.

BARROS. Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 nov. 2014.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 3 mai. 2015.

_____. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de traba-

lho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Republicado no D.O.U. de 6 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. **Decisão 569/96** - Plenário - Ata 36/96. Auditoria. BNDES. Licitação e contratos. Pedido de reexame de decisão que, dentre outras determinações, rejeitou justificativas para contratação de empresa destinada a prestação de serviços administrativos nas dependências do Banco e que determinara a realização de concurso público para as atividades previstas no PUCS do Banco. Provimento parcial. Disponível em: < http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19961109

%5CGERADO_TC-20151.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2014.

_____._____. **Licitações e contratos:** orientações e ju-

risprudência do TCU. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

_____._____. **Recurso de Revista.** Processo nº TST-RR-247-61.2011.5.15.0063, 3ª Turma. Rel. Min. Alexandre Agra Belmonte. Publ. 20 fev. 2015. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=247&digitoTst=61&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0063&submit=Consultar>. Acesso em: 1º mai. 2015.

_____._____. **Recurso de Revista.** Processo nº TST-RR-79200-46.2010.5.17.0151, 6ª Turma. Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda. Publ. 28 jun. 2013. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=79200&digitoTst=46&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0151&submit=Consultar>. Acesso em: 3 mai. 2015.

_____._____. **Súmula nº 331 do TST**. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Dispo-

nível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 9 mai. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região RJ. Processo 03619007620055010261. **Recurso Ordinário.Relator**: Flavio Ernesto Rodrigues Silva. Publicado em 22/09/2011. Disponível em: <http://bd1.trt1.jus.br/xmlui_portal/handle/1001/245873?queryRequest=subordina%C3%A7%C3%A3o%20terceiriza%C3%A7%C3%A3o%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica>. Acesso em: 11 mai. 2015.

_____._____. Processo 00009882020115010022. **Recurso Ordinário**. Relator: Rildo Brito. Publicado em 05/02/2014. Disponível em: <http://bd1.trt1.jus.br/xmlui_portal/handle/1001/544123?queryRequest=subordina%C3%A7%C3%A3o%20terceiriza%C3%A7%C3%A3o%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica>. Acesso em: 11 mai. 2015.

RIO GRANDE DO NORTE. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 013/2014.** Consolida o texto da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte e do Ato das Disposições

Constitucionais Transitórias, promulgados aos 3 de outubro de 1989, altera dispositivos, adequando-os à Constituição da República, incorpora ao texto Emendas Constitucionais Estaduais promulgadas até a presente data, e suprime os dispositivos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.al.rn.gov.br/portal/_ups/legislacao/constituicaoestadual.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2015.

_____. **Lei Complementar nº 163, de 5 de fevereiro de 1999**. Dispõe sobre a organização do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Norte e dá outras providências. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.rn.gov.br/acess/pdf/leicom163-.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2015.

_____. **Lei Complementar nº 464, de 5 de janeiro de 2012**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.rn.gov.br/acess/pdf/leicom464.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2015.

_____. Tribunal de Contas do Estado. Plano de fiscalização anual. **Relatório preliminar de auditoria pormenoriza efetivada na Secretaria de Estado da Educação e da Cultura – SEEC/RN**. Processo nº 5146/2013-TC. Relator: Conselheiro Tarcísio Costa. Natal, 2013.

_____. Tribunal de Contas do Estado. **Resolução nº 009/2012-TCE**. Dispõe sobre a aprovação do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte. Disponível em: <https://arearestrita.tce.rn.gov.br/as/Legislacao_site/download/ resolucoes_tce_rn/RES0092012.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2015.

_____. Secretaria de Estado da Educação e da Cultura – SEEC/RN. **A Secretaria. Missão**. Disponível em: <http://www.educacao.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=52000&ACT=&PAGE=0&PARM=&LBL=A+Secretaria>. Acesso em: 4 abr. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região SP. Acórdão nº 20150129704. **Recurso Ordinário**. Processo: 00019177820125020446. Data de Julgamento: 24/02/2015, Relator: Valdir Florindo, 6ª Turma, Data de Publicação: 04/03/2015. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/020150129704.html>. Acesso em: 2 mai. 2015.

_____._____. Acórdão nº 20130633261. **Recurso Ordinário.** Processo: 02364003220095020002. Data de Julgamento: 11/06/2013, Relator: Marta Casadei Momezzo, 10ª Turma, Data de Publicação: 18/06/2015). Disponível em: < http://www.trtsp.jus.br/geral/Consulta/Jurisprudencia/

Ementas/020130633261.html>. Acesso em: 3 mai. 2015.

_____._____. Acórdão nº 20150259160. **Recurso Ordinário.** Processo: 00018448220135020281 A28. Relator: DAVI FURTADO MEIRELLES. Revisor: FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO. Data de Publicação: 28/04/2015). Disponível em: < http://www.trtsp.jus.br/geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/ 020150259160.html>. Acesso em: 11 mai. 2015.

_____._____. Acórdão nº 20150326283. **Recurso Ordinário.** Processo: 00033035020135020013 A28. Relator: RIVA FAINBERG ROSENTHAL. Revisor: FLÁVIO VILLANI MACÊDO. Data de Publicação: 24/04/2015). Disponível em: < http://www.trtsp.jus.br/geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/020150326283.html>. Acesso em: 11 mai. 2015.

SINDPREST/RN. **Convenção Coletiva de Trabalho.** Sindicato dos empregados em condomínio e em empresas prestadoras de serviços de mão de obra no Estado do Rio Grande do Norte e Sindicato das empresas prestadoras de serviços de locação de mão de obra no Estado do Rio Grande do Norte. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/delegacias/rn/convencoes-coletivas/>. Acesso em: 11 mai. 2015.

CAPÍTULO 5

A NECESSIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DA DEDUÇÃO DE DESPESAS COM MEDICAMENTOS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPF: ALICERCES PARA CONSTRUÇÃO DE UMA PROPOSTA

INESSA DA MOTA LINHARES VASCONCELOS

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 anuncia princípios e objetivos fundamentais que garantem ao povo brasileiro bem estar e condições dignas de vida, além de segurança, liberdade, desenvolvimento, justiça e solidariedade social, dentre outros, de forma que o Estado brasileiro está comprometido com essas finalidades constitucionais, delas não se podendo afastar, devendo viabilizar o instrumental necessário à garantia desses consectários, os quais deságuam no valor da dignidade da pessoa humana, que somente será assegurada quando de fato o Estado conserve o mínimo vital, que são as condições mínimas que possibilitem o desenvolvimento a esse cidadão. Essas condições suprem o indivíduo de bens materiais essenciais à garantia, com dignidade, da sua subsistência e de respectiva família, possibilitando, também que ele – Estado – possa cumprir os comandos constitucionais supracitados.

Para tanto, o poder público deverá agir positiva e negativamente, sendo que, no primeiro aspecto, deverá adotar políticas públicas de cunho social e, na segunda situação, abster-se de tributar o patrimônio afeto à realização desse mínimo existencial, a fim de garantir a subsistência *com dignidade,* dos cidadãos brasileiros.

De fato, na legislação tributária brasileira, as despesas médicas do declarante, bem como dos seus dependentes legais, como de resto ocorre com a pensão alimentícia judicial, não sofre limitações quantitativas para dedução da base de cálculo do Imposto de Renda. E nem poderia sofrê-lo, pois que tais espécies de despesas são imprescindíveis à manutenção da vida e saúde do contribuinte e de seus dependentes.

Contudo, embora a legislação permita a dedução com despesas de saúde em quantitativo ilimitado, qualitativamente deixa a desejar, pois não permite o abatimento de várias espécies de despesas necessárias à preservação da vida e da saúde do contribuinte ou de seus dependentes, tributando, portanto, valores que não são, propriamente, renda, pois fazem parte do mínimo existencial do contribuinte.

É o caso das deduções de despesas com a aquisição de medicamentos pelo contribuinte, que a atual legislação do Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF) não contempla, so-

mente permitindo o abatimento, como despesas com saúde, dos medicamentos que integrem conta de estabelecimento hospitalar, ferindo, portanto, os princípios da capacidade contributiva, da vedação ao confisco e da isonomia tributária, dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

Partindo do pressuposto de que a legislação em vigor no Brasil, ao não permitir esse abatimento de despesas, desconsidera o princípio da intributabilidade do mínimo existencial, pois que esse mínimo situa-se aquém da capacidade contributiva, essa reflexão teórica objetiva demonstrar a necessidade da regulamentação da dedução de despesas com medicamentos adquiridos diretamente pelo contribuinte da base de cálculo do IRPF, fixando as bases para a adoção de mecanismos legislativos que prevejam tal espécie de dedução, consentânea com a justiça tributária.

2. A necessidade da regulamentação da dedução de despesas com aquisição de medicamentos da base de cálculo do IRPF.

A relutância do Estado em possibilitar a dedução de despesas com medicamentos da base de cálculo do IRPF ao argumento de que tal benefício não seria possível por razões de praticabilidade, devendo sobrepor-se o interesse público

sobre o interesse particular ou, ainda, ao argumento de que aumentaria a sonegação, não se coaduna com os princípios constitucionais do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana, isonomia tributária, capacidade contributiva e vedação ao confisco. Tais argumentos não são válidos e promovem o esfacelamento de tais garantias fundamentais do contribuinte, pois essa situação não ultrapassa a análise da proporcionalidade.

Assim, em que pese reconhecer-se a importância da utilização dos instrumentos de praticabilidade no cenário contemporâneo de complexidade das relações sociojurídicas, o que se percebe, no atual contexto da administração tributária federal, é a utilização exacerbada e abusiva desses instrumentos, mesmo diante da ocorrência de situações em que seria possível estimar-se a capacidade contributiva do cidadão de uma maneira mais próxima à realidade sem que, com tal procedimento, se onerasse demasiadamente os custos da administração fiscal, o que leva a crer que está ocorrendo um comodismo por parte dos entes tributantes.

Estes, objetivando ampliar o volume arrecadatório, ao pretexto da necessidade sempre crescente de obter os recursos necessários ao custeio das suas atividades, ao utilizarem o argumento da complexidade das normas, da dificuldade de fiscalizar os contribuintes e da evasão fiscal; ao invés de cole-

tar informações e dados acerca de atividades e negócios dos contribuintes para subsidiar o cumprimento da obrigação jurídico-tributária, optam por conseguir junto ao sujeito passivo e a terceiros tais dados, a partir da obrigação de envio de informações em forma de dever instrumental, para subsidiar a administração tributária de elementos de controle, passando a não mais fiscalizar, mas efetuar o controle *a posteriori* dos negócios e atividades do contribuinte.

Essa postura é adotada pelo fisco, sobretudo, prevalecendo-se das "facilidades" que decorrem do uso das modernas ferramentas tecnológicas desenvolvidas para aperfeiçoar a fiscalização, em prol de uma sempre crescente arrecadação.

Ressalte-se que não se condena o avanço da tecnologia da informação a serviço do aperfeiçoamento da fiscalização tributária, pois as estatísticas dos resultados da arrecadação demonstram que, efetivamente, com o uso dos instrumentos da informatização e inteligência fiscais, a Receita Federal vem obtendo bons resultados no sentido de diminuir a sonegação e, ao mesmo tempo, tem conseguido ampliar o volume de recursos arrecadados, o que pode ser comprovado quando se observa a crescente arrecadação da União em termos de Imposto de Renda.

O que se critica, na realidade, é o fato de tais instrumen-

tos tecnológicos serem utilizados, na grande maioria das situações, tão somente em prol do Fisco, para melhorar a fiscalização e arrecadação, não sendo empregados em benefício do contribuinte para aferir melhor sua capacidade contributiva. É o que ocorre com a questão da dedutibilidade das despesas com medicamentos adquiridos diretamente pelo contribuinte da base de cálculo do IRPF, espécie de abatimento que a Receita Federal do Brasil não permite[1], alegando razões de praticabilidade ao adotar o argumento de que seria muito complexa a fiscalização de tais despesas, de modo que a permissão para o abatimento de tal espécie de gastos do contribuinte poderia aumentar a sonegação no âmbito do referido imposto.

Sobre outro aspecto, se o poder público é obrigado a fornecer medicamentos ao cidadão, inclusive de alto custo, como já decidiu reiteradamente o STF[2] em vários contextos, é um contrassenso impedir que o contribuinte que, com seus

1 Tão somente é permitido por lei que o contribuinte deduza despesas com medicamentos quando inseridos em conta de estabelecimento hospitalar.

2 Em data de 17 de março de 2010, o Plenário do STF, em sessão histórica deu início à construção de parâmetros para atuação judicial nesses casos, ao indeferir, por unanimidade, nove recursos interpostos pelo diversos entes federativos contra decisões judiciais que determinavam ao SUS o fornecimento de medicamentos de alto custo, bem como tratamentos não oferecidos pelo Sistema, a pacientes de doenças graves que recorreram ao Judiciário, todos sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes. (Confiram-se as Suspensões de Tutela 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e Suspensão de Liminar 47).

próprios meios, adquire o medicamento, possa abatê-lo de seu IRPF, exigindo que desvie parte desses recursos, que, repise-se, não constituem renda, mas compõem o mínimo existencial, para o pagamento do IRPF. Essa é uma medida desarrazoada e que não se compatibiliza com a ideia de justiça. Ao contrário, com a permissão de deduzir, deixa o contribuinte, inclusive, sobrecarregar o sistema público de saúde, que é quem deveria fornecer esses medicamentos necessários ao reestabelecimento da saúde ou controle dos estados patológicos.

Nesses termos, é um contrassenso a atitude do Estado frente ao contribuinte: além de não implantar de modo eficaz as políticas públicas de saúde, também proíbe o cidadão de abater as suas despesas com medicamentos do Imposto de Renda. Assim, o contribuinte é penalizado duas vezes: uma, por não receber os medicamentos que deveriam ser fornecidos pelo Estado, com o dispêndio de recursos públicos e, outra, por não ter o direito à dedução, do Imposto de Renda a pagar, dos remédios que adquiriu.

Não deixa de ser um contrassenso, também, que o poder público permita o abatimento das despesas com medicamentos incluídos em conta hospitalar e não o permita quando o contribuinte adquire-os na farmácia, ferindo o princípio da isonomia tributária, como antes feito referência.

Não se deve argumentar também, que a existência da isenção ao IRPF incidente sobre os proventos de aposentadoria ou reforma percebidos por portadores de doenças graves[3] supriria a necessidade de haver dedução de medicamentos da base de cálculo do imposto. Por tal argumento os contribuintes que tenham patologias não definidas na lei isentiva ou mesmo seus dependentes, ainda que portadores das doenças graves mencionadas na lei, não contemplados pela isenção, ficariam prejudicados em seu mínimo existencial pelo pagamento do IRPF incidente sobre valores que estão compõem o conceito constitucional de renda. Desse modo, entende-se importante o debate acerca de parâmetros que poderiam ser considerados na regulamentação de despesas com medicamentos adquiridos pelo contribuinte da base de cálculo do IRPF, contribuindo para fomentar a discussão acadêmica a respeito da temática.

3. **Parâmetros para permissão da dedutibilidade de despesas com medicamentos da base de cálculo do IRPF.**

Entende-se que não se pode partir de critérios indefinidos para permitir a dedutibilidade de despesas com medica-

3 Confira o art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88.

mentos adquiridos pelo contribuinte da base de cálculo do IRPF, pois, diante das discussões que circundam a questão, é necessário se estabelecer alguns parâmetros, sejam doutrinários, jurisprudenciais ou utilizados no direito comparado. Assim, as questões seguintes poderiam servir de orientação: Que medicamentos seriam passíveis de dedução? Todo e qualquer medicamento, incluindo os que não necessitam ser adquiridos com receita médica? Ou somente os de uso continuado, os de alto custo e os remédios para tratamento de doenças graves? Que contribuintes teriam direito a essa dedução de despesas? dentre outros questionamentos relacionados à matéria.

A construção de alguns parâmetros que pudesse fomentar o debate sobre a questão da dedução de despesas com medicamentos da base de cálculo do IRPF surgiu a partir da análise do contexto em que a matéria é tratada no direito comparado, em especial de países como Canadá, Estados Unidos e Portugal, sem, decerto, simplesmente tratar essa questão a partir de um transplante acrítico, para a realidade brasileira, de um "modelo" de dedução de despesas com medicamentos adotado alhures, em que subsistem diferentes condições sociais, políticas, econômicas e culturais, mas observando as peculiaridades brasileiras.

Além disso, em face do grande desenvolvimento doutri-

nário e jurisprudencial da temática da judicialização do direito à saúde, especificamente no que diz respeito à discussão acerca da obrigatoriedade do fornecimento gratuito de medicamentos pelo poder público e parâmetros para a atuação judicial, utilizou-se, para delinearem-se os critérios necessários ao exercício do direito à dedução de despesas com medicamentos da base de cálculo do IRPF, alguns parâmetros que já são adotados pelo Poder Judiciário nos casos de ações judiciais que têm como objeto o fornecimento de medicamentos pelo poder público.

Partiu-se, como marco teórico, da decisão do STF nos autos da Suspensão de Tutela 175, proferida em 17 de março de 2010, em que o Plenário do Tribunal, em sessão histórica, indeferiu o citado pedido de Suspensão de Tutela e mais oito recursos interpostos pelo diversos entes federativos contra decisões judiciais que determinavam ao SUS o fornecimento de medicamentos de alto custo, bem como tratamentos não oferecidos pelo Sistema a pacientes de doenças graves que recorreram ao Judiciário, todos sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes[4].

Com o julgamento dessas medidas, o STF deu início ao delineamento de parâmetros para a atuação judicial em ter-

4 Confiram-se as Suspensões de Tutela nº. 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança nº. 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e Suspensão de Liminar nº 47.

mos da obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde não oferecidos pelo SUS e levou em consideração as experiências e os dados colhidos ocorridos após a realização da Audiência Pública 04[5], convocada pelo citado Ministro, nos termos do previsto no art. 13, inciso XVII, do Regimento Interno do STF, para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública e para discussão da matéria. A referida Audiência contou com ampla participação de setores os mais diversos da sociedade, especialmente gestores públicos, membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil e do Governo.

Adotou-se, também, como vetor para o delineamento dos critérios propostos para a dedução de despesas com medicamentos da base de cálculo do IRPF, as determinações da Lei 12.401/2011 que, alterando Lei 8.080/1990[6], para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS, estabeleceu alguns parâmetros para a inclusão de medicamentos no sistema público de saúde.

5 Realizada no STF nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

6 Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Quanto aos critérios em si, entende-se que a dedução da base de cálculo do imposto proposta deveria contemplar somente *medicamentos*, assim compreendido como sendo o produto farmacêutico com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico[7], de forma a excluir outros insumos, instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e laboratorial que possam, porventura, ser utilizados no tratamento de estados patológicos.

No que diz respeito aos tipos de medicamentos, compreende-se que, por razões de praticabilidade, não há como considerar dedutível a despesa com a compra de todo e qualquer medicamento. Assim ocorre em relação aos medicamentos de venda livre, considerados os que não precisam de prescrição médica para sua compra e utilização[8], já que seria muito difícil o controle fiscal nessas situações, tanto pelo contribuinte, que teria que guardar todas as notas fiscais de compra e receitas médicas, incluindo a de um simples analgésico, se assim quisesse deduzir os gastos com sua aquisição da base de cálculo do IRPF, como, também, restaria inviabilizado o

7 Segundo a Política Nacional de Medicamentos, aprovada pela Portaria/MS 3.916/1998 (Terminologia, item 30).

8 Definidos no item 38 da Terminologia da Política Nacional de Medicamentos do Ministério da Saúde. São exemplos de medicamentos de venda livre, os antitérmicos, analgésicos, vitaminas, laxantes e descongestionantes nasais, que são usados para tratamento de sintomas leves, como febre, tosse, dor de cabeça, entre outros.

controle por parte do fisco, que teria que processar milhões de informações para aferir a legitimidade da dedução, como, por exemplo, de um mero analgésico para dor de cabeça.

Já quanto aos medicamentos utilizados para tratar doenças crônico-degenerativas, de uso contínuo, os medicamentos para tratar doenças graves/raras ou, ainda, os medicamentos de alto custo, definidos em regulamento, deveriam ter suas despesas abatidas da base de cálculo do IRPF.

Segundo disciplina a Política Nacional de Medicamentos, doenças crônico-degenerativas são aquelas que apresentam evolução de longa duração, acompanhada de alterações degenerativas em tecidos do corpo humano[9]. Para o tratamento de tais doenças, são empregados medicamentos de uso contínuo.[10] Exemplos de doenças crônico- degenerativas muito comuns entre a população brasileira são o diabetes, o colesterol e a hipertensão, situações em que o paciente muitas vezes necessita tomar medicamentos continuamente, dispendendo somas significativas para efetuar o controle de tal estado patológico.

9 Confira, a esse respeito, o item, 8 da Terminologia.

10 O item 32 da Terminologia da Política Nacional de Medicamentos define medicamento de uso contínuo como sendo "aqueles empregados no tratamento de doenças crônicas e ou degenerativas, utilizados continuamente" (Disponível em: < http://bit.ly/QuT1MI >. Acesso em: 26 ago. 2012).

Estudos recentes mostram que um paciente com hipertensão gasta, em média, por mês, a quantia de R$ 502,12 para tratar a doença, enquanto que o paciente diabético desembolsa R$ 1.293,68. Já o paciente com colesterol elevado tem despesas da ordem de R$ 531,75 mensais para controlá-lo adequadamente. O referido estudo demostrou, ainda, que as despesas necessárias ao controle de mais de uma dessas doenças eleva-se consideravelmente (481%), podendo chegar até os R$ 2.417,43, situação de pacientes que controlam, por exemplo, além da diabetes, hipertensão e o colesterol elevado[11].

Desse modo, não se afigura condizente com a capacidade contributiva, mínimo existencial e isonomia tributária que o contribuinte que dispenda valores com a compra de medicamentos continuados para uso próprio ou seu dependente não possa abater tais despesas do seu Imposto de Renda.

Já os medicamentos para tratamento de doenças graves e/ou raras, são aqueles definidos pela Política Nacional de Medicamentos de dispensação[12] em caráter excepcional,

11 Esse estudo foi realizado pela empresa Orizon, líder na integração de prestadores de serviços com operadoras de assistência à saúde. Foi analisado, ao longo do ano de 2011, um recorte de 28 mil pacientes crônicos constantes do banco de dados da referida empresa, que contempla 17 milhões de beneficiários. Disponível em: < http://bit.ly/Nw2kMl > Acesso em 27 ago. 2012.

12 Dispensação é o ato profissional farmacêutico de proporcionar um ou

utilizados para tratamento de tais tipos de doenças, sendo geralmente de custo elevado e cuja utilização atende a casos específicos. Esse é o caso, por exemplo, do medicamento denominado *Soliris,* indicado para amenizar as complicações de uma rara forma de anemia[13] que ocasiona vários problemas que podem levar à morte, sendo considerado o tratamento clínico medicamentoso mais caro do mundo, segundo levantamento elaborado pela Revista *Forbes,* cada vidro de 30 mililitros custa mais de R$ 11.000,00[14], e há situações em que o gasto mensal com a sua aquisição pelo paciente ultrapassa a quantia de R$ 70.000,00.

Indubitavelmente o custo com a aquisição de tais medicamentos deve ser deduzido da base de cálculo do IRPF, pois não representa renda disponível. Por outro lado, representa grande impacto no orçamento da maioria dos contribuintes. Para tanto, a lista contendo a relação dos medicamentos para tratamento de doenças graves, raras e/ou de alto

mais medicamentos a um paciente, geralmente como resposta à apresentação de uma receita elaborada por um profissional autorizado (ver item 7 da Politica Nacional de Medicamentos).

13 Denominada hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), que não está na lista de doenças graves da Lei 7.718/88 albergadas com a isenção do IRPF.

14 Fonte: Revista Época. Disponível em: < https://glo.bo/1itfjYN >. Acesso em 26 mai. 2017.

custo[15], para fins de dedução fiscal, deverá obedecer ao que disposto pela normatização do SUS para fornecimento de medicamentos padronizados no "Componente Especializado da Assistência Farmacêutica", que provê o tratamento fármaco-terapêutico aos pacientes com indicação de uso de medicamento de alto valor unitário ou custo elevado devido ao uso continuado[16].

Desse modo, tanto no caso de medicamentos de uso contínuo, quando nas situações que exigem o uso de medicamentos para tratamento de doenças graves, raras e/ou de alto custo que forem adquiridos pelo contribuinte, poderia haver a dedução do valor dispendido para sua compra, seja para utilização pelo contribuinte ou de seu dependente legal, sem limite de idade desse contribuinte, até o valor total do imposto pago.

Já os gastos com medicamentos que não estejam contemplados pelo "Componente Especializado da Assistência Farmacêutica", nem sejam considerados medicamentos de uso continuado, poderiam ser considerados numa dedução padrão de despesas com medicamentos. Isso abrangeria

15 Aqui também se incluindo os medicamentos de uso continuado, já que por ter utilização ininterrupta, representam um valor alto.

16 Normatizado pela Portaria n° 2981, de 26 de novembro de 2009. Disponível em < http://bit.ly/OpcE53 > Acesso em 28 ago. 2012.

aquelas situações corriqueiras de compra de remédios que tratam doenças mais simples, mas que não tem venda livre. Em tais casos, para fixação dessa dedução padrão, para o contribuinte e cada um de seus dependentes, deveriam ser levados em consideração dados estatísticos sobre a compra de medicamentos pelos brasileiros[17].

Seria importante, ainda, fixar como parâmetro para a permissão da dedução de despesas do IRPF, que o medicamento adquirido tivesse eficácia científica comprovada. Essa comprovação científica significa, segundo a Política Nacional de Medicamentos, que o fármaco deve ter a capacidade de atingir o efeito terapêutico visado. Assim, para que a despesa seja passível de dedução na base de cálculo do IRPF, deverá haver comprovadamente certeza científica sobre sua qualidade, segurança e valor terapêutico.

Nesse contexto, o SUS, para orientar e direcionamento das políticas de medicamentos e de assistência farmacêutica adotadas no país, estabelece a implantação e a atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), como instrumento que permite a racionalização das

17 Segundo a Pesquisa Conta Satélite de Saúde - Brasil, realizada pelo IBGE, no ano de 2009, foi revelado que o cidadão brasileiro dispende R$ 835,65 anuais por pessoa com bens e serviços de saúde. A pesquisa também revelou que a cada R$ 100,00 gastos com saúde, R$ 38,40 são dispendidos com a compra de medicamentos. Fonte: IBGE. Disponível em: <http://glo.bo/ySrp4O>. Acesso em 17 mai 2017.

ações no âmbito da assistência farmacêutica e o uso racional de medicamentos no contexto do sistema, sendo que a seleção dos medicamentos da RENAME baseia-se nas prioridades nacionais de saúde, bem como na segurança, na eficácia terapêutica comprovada, na qualidade e na disponibilidade dos produtos (BRASIL, 2010, p. 7).

Sendo assim, os gastos do contribuinte com medicamentos que constem da RENAME poderão ser elegíveis à dedução fiscal no IRPF, haja vista que os medicamentos que lá estão mencionados passaram por análises quanto à sua eficácia terapêutica.

Quanto a esse aspecto, reforce-se que no julgamento acórdão paradigma[18], algumas questões foram consenso entre os Ministros do STF, dentre elas, a impossibilidade de o poder público custear tratamentos com medicamentos ainda em fase de testes pelos laboratórios.

Com efeito, como se trata de recursos públicos, a prescrição, em sede de saúde pública, de fármacos experimentais não deve ocorrer, só podendo ser autorizado o fornecimento de medicamentos que gozem de comprovação científica,

18 Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076, Divulg. 29-04-2010 Public. 30-04-2010 EMENT Vol-02399-01 P-00070. Disponível em: < http://bit.ly/RlYAYR > Acesso em 17 mai. 2017.

até por expressa exigência de lei[19], sob pena de poder ocorrer desperdício de dinheiro público com medicamentos que porventura não atinjam a finalidade para o qual foram destinados. Tal situação, além de obrigar o Estado a financiar toda e qualquer prestação de saúde existente, poderia ocasionar lesão grave à ordem administrativa, o que redundaria no comprometimento do SUS, prejudicando o atendimento médico à população como um todo.

Esse raciocínio é perfeitamente aplicável ao caso da dedução de despesas com medicamentos da base de cálculo do IRPF, em que o abatimento não deixa de significar uma renúncia de receita pública de sorte que também em tal situação somente caberia o deferimento do direito ao contribuinte, caso o medicamento adquirido tivesse comprovada eficácia terapêutica.

Ressalte-se que isso não significa que, para haver o direito à dedução da despesa com medicamento, necessariamente o remédio deva constar da lista de medicamentos do SUS, pois o sistema público, devido à necessidade de seguir trâmites burocráticos e protocolos previstos em normas legais,

19 De acordo com o art. 19-T, inciso I, da Lei 8.080/90, acrescentado pela Lei 12.401/2011, é vedado, em todas as esferas de gestão do SUS, a efetivação de pagamento, ressarcimento ou reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico de caráter experimental, ou de uso não autorizado ANVISA.

demora a incluir novos medicamentos que já tenham eficácia garantida e que são há muito tempo adotados pelo setor de saúde privado.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes destacou, com exatidão, na mesma decisão, que *"é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro"*. Na primeira situação, como dito acima, não pode haver custeio público do medicamento. Já no segundo caso, que diz respeito a novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS *"é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na audiência pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente acompanhável pela burocracia administrativa"*.

No que diz respeito à possibilidade de dedução de despesas, na base de cálculo do IRPF, com medicamentos não inclusos na relação de medicamentos do SUS, entende-se que deveriam os pedidos de dedução ser analisados por técnicos da Secretaria da Receita Federal com formação específica na área médica, com base em evidências científicas, laudos e outros documentos, à semelhança do que atualmente ocorre na Previdência Social, em que existe a carreira de médico-perito para aferir o direito à percepção de benefícios. Para tanto, deveria ser criado um departamento na SRF

para controlar a realização de tais espécies de deduções em específico, através de processo administrativo, pois o contribuinte, depois de preencher e transmitir sua DIRPF[20], deveria entregar junto à Delegacia da Receita Federal os documentos que comprovassem o seu pretenso direito, sendo analisado pelos auditores-peritos e, em caso de glosa, dar-se-ia início ao contencioso administrativo, com o trâmite normal de acordo com as regras do processo administrativo tributário federal[21].

Se a primeira vista poderia ser analisado como contrário à praticabilidade, esse procedimento administrativo necessário ao deferimento da dedução, no IRPF, dos gastos com medicamentos não constantes da relação do SUS, estatisticamente está demonstrado que, em relação ao total de medicamentos consumidos pelos cidadãos brasileiros - per-

20 Nessa situação, haveria necessidade de aperfeiçoar-se o software de preenchimento da declaração, com inclusão de outros campos, como local para inserção da substância ativa, inclusão do número da nota fiscal de compra, CNPJ da farmácia onde foi comprado o remédio, dentre outros.

21 Em tal situação, seria importante a indicação, dentre os representantes dos contribuintes junto às Câmaras Superiores de Recursos Fiscais, de médicos, indicados pelo respectivo Conselho, para compor as turmas de julgamento com competência para análise de questões relacionadas ao IRPF, à semelhança do que atualmente prevê o art. 28, § 1° do Anexo II à Portaria Ministério da Fazenda nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, prevendo a indicação, pelas centrais sindicais, de conselheiros, representantes dos trabalhadores, para compor as turmas de julgamento das Câmaras com atribuição de julgamento de recursos que versem sobre contribuições previdenciárias.

centualmente são poucos ou que não estão contemplados nas relações do SUS e registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), de forma que, muito provavelmente, do volume total das deduções de despesas com medicamentos, em poucas situações será necessária a utilização desse procedimento.

Nesse contexto, evidencia-se a pesquisa publicada na Revista Saúde Pública, no ano de 2007 (VIEIRA; ZUCCHI, 2007) que analisou todos os processos movidos por cidadãos contra o Município de São Paulo, referentes ao fornecimento de medicamentos, durante o ano de 2005. Referida pesquisa constatou que 62% dos itens solicitados nas ações judiciais para aquisição de medicamentos integram as listas de medicamentos de programas do SUS, incluindo medicamentos da lista essencial e de alto custo (VIEIRA; ZUCCHI, 2007). Índice aproximado também foi evidenciado por outra pesquisa efetuada considerando o universo de ações judiciais, que solicitavam medicamentos, contra o Estado do Rio de Janeiro, onde ficou demonstrado que em apenas 30,8% das situações o medicamento requerido não estava previsto nas listas do SUS (MESSEDER, 2005).

O mesmo trabalho demostra que na grande maioria das situações de fármacos pleiteados através de ação judicial, existem evidências científicas comprobatórias da eficácia do

seu uso, estando grande parte deles registrados na ANVISA (VIEIRA; ZUCCHI, 2007).

Os dados acima demonstram que não será deveras difícil implantar a dedução dos gastos com medicamentos na base de cálculo do IRPF, pois a grande maioria dos remédios já poderia ser informada na própria declaração anual de ajuste, que passaria a conter um espaço para informe de medicamentos passíveis de dedução, sem a necessidade, portanto, de passar pela análise técnica da RFB na forma antes referida.

Assim, embora não devam necessariamente os medicamentos constar das listas do SUS para garantir o direito à dedução, devem estar registrados no país em conformidade com a legislação sanitária, atualmente regulada pela ANVISA, situação que não passou despercebida ao Ministro Gilmar Mendes no julgamento da multicitada Suspensão de Tutela Antecipada 175. De fato é proibido por lei o fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA, estando tal proibição atualmente consignada no art. 19-T, da Lei 8.080/90, acrescentado pela Lei 12.401/2011, que cria protocolos para reembolsos para o SUS, estabelecendo parâmetros para a inclusão de medicamentos no sistema público de saúde.

Também se compreende que a compra de medicamentos dedutíveis poderá ser efetuada no exterior, situação em que

deverá ocorrer o registro da importação na ANVISA, ressaltando-se, ainda, o aspecto de que o procedimento de importação já forneceria dados a que, posteriormente, poderiam ser cruzados pela Receita Federal para aferir os valores dos medicamentos.

4. A compatibilização entre o direito à dedução de despesas com medicamentos e a praticabilidade tributária

Outro aspecto deveras importante quando se analisa a temática da dedução das despesas com medicamentos da base de cálculo do IRPF, diz respeito à compatibilização do direito do contribuinte de deduzir tais despesas com as exigências da praticabilidade, pois, diante da complexidade do mundo moderno, não se pode prescindir de leis que sejam exequíveis.

Assim, o estudo tencionou investigar, sobretudo tendo em vista todo um aparato tecnológico à disposição da Receita Federal do Brasil (*bussiness inteligence*), como essa tecnologia poderia ser utilizada para efetuar o controle sobre essas deduções de medicamentos, tal qual acontece com o controle das hipóteses de dedução de despesas da base de cálculo do IRPF que estão expressamente previstas.

Entende-se que para o contribuinte ter direito a deduzir as despesas com medicamentos, esses necessariamente deveriam ser prescritos por profissional habilitado.

Para maior controle da Administração Tributária, o contribuinte deverá conservar a receita do medicamento cuja despesa serviu como elemento redutor da base de cálculo do IRPF pelo prazo de prescrição do tributo, bem como a Nota Fiscal Eletrônica de compra do medicamento.

Ainda para tornar o controle fiscal sobre as deduções mais efetivo, compreende-se que nos casos de medicamentos de alto custo, definidos em regulamento, para ter o direito à dedução de despesas no IRPF, o contribuinte somente poderá comprá-los com retenção de receita, tal como atualmente ocorre com a venda de medicamentos sujeitos a controle especial. Isso porque a dedução de despesas com remédios de alto custo, se não for bem controlada pelo Fisco, poderá ocasionar um grande impacto na diminuição da arrecadação do imposto, haja vista que os percentuais a serem abatidos do imposto a partir do gasto com tal tipo de medicamento, como o seu próprio nome já designa, pode sugestionar o contribuinte a querer elidir a administração tributária.

Nesse caso, com a receita prescrita na quantidade exata a ser utilizada por aquele determinado contribuinte que somen-

te irá adquirir o remédio, com a retenção da receita pela farmácia, na quantidade prevista e, portanto, abateria do IRPF o valor que ele realmente dispendeu para a manutenção de sua saúde, evitar-se-ia o comércio clandestino de medicamentos. Nesse caso, o contribuinte que paga IRPF poderia adquirir quantidade superior ao que necessita, abater toda a despesa efetuada e, além disso, vender o "excedente" a outro paciente, problema que também acontece em algumas situações de fornecimento de remédio pelo poder público por determinação judicial em que não há uma delimitação no provimento jurisdicional, da quantidade necessária àquele paciente que o recebe.

De um ponto de vista mais técnico, para possibilitar a dedução, no IRPF, das despesas com medicamentos, seria necessário, ainda, adaptar toda a sistemática da DIRPF, para incluir no ambiente virtual de preenchimento da declaração outros campos para informação de quais os medicamentos de valores sujeitos à dedução foram adquiridos no ano fiscal, inclusão do número da nota fiscal de compra e do CNPJ da farmácia onde foi adquirido o remédio. Tudo isso, para possibilitar o controle fiscal.

Poder-se-ia pensar, também, na padronização da sistemática de prescrição de medicamentos, à semelhança do sistema que implantado em Portugal, já referido em item anterior,

em que as receitas são prescritas pelo profissional da área médica, não de forma manual, mas em sistema informatizado, o que, do ponto de vista fiscal, poderá facilitar o controle, uma vez que poderá ocorrer a interligação de tais sistemas de emissão de receitas médicas com o da administração tributária.

Em que pesem os argumentos normalmente utilizados pelo fisco de que se afigura impossível a permissão de deduzir despesas com medicamentos devido à possibilidade de aumentar a sonegação, é de notar-se que esse argumento não convence. Sua adoção não prejudica o controle da administração Fiscal sobre as atividades e negócios do sujeito passivo, pois a regulamentação do abatimento de tal espécie de despesas poderia ensejar a criação de obrigações acessórias, objetivando o controle fiscal para evitar a ocorrência dessa consequência.

A construção teórica desenvolvida analisou, sobretudo, o atual contexto da informatização tributária no Brasil, que permite, a partir dos meios da tecnologia da informação hoje disponíveis e utilizados pela RFB para outras finalidades de controle, que seja aferida a capacidade contributiva mais próxima o possível da realidade no que toca à possibilidade de dedução de despesas com medicamentos.

De outro modo, essa regulamentação não oneraria de forma exacerbada os custos da administração fiscal, que caem significativamente com a utilização dos instrumentos da tecnologia da informação a serviço da fiscalização tributária, pois a tecnologia que possibilita o controle fiscal já está em pleno uso pela Receita Federal, possibilitando o cruzamento de outros dados e informações relacionadas à administração do IRPF e de outros tributos federais e não necessário investir-se demasiadamente em novos equipamentos e programas, podendo ocorrer a tributação via Imposto de Renda. Isso pode ocorrer observando-se os vetores da justiça fiscal, em especial a real capacidade contributiva, ao se permitir a realização da dedução dos medicamentos em sua base de cálculo.

Sob outra ótica, a instituição de nova obrigação acessória que possibilite ao fisco o controle da utilização das deduções de medicamentos, por exemplo, deve instituir para as farmácias o dever de informar, mensalmente, utilizando-se dos recursos da tecnologia da informação, com o envio através da internet, da relação de contribuintes, com respectivo número do CPF, que adquiriram medicamentos sujeitos à dedução e informar qual o medicamento adquirido, número da nota fiscal, valor do medicamento adquiridos, dentre outros dados, previstos na norma, que possam auxiliar nesse controle.

Ressalte-se que a instituição de mais uma obrigação acessória não onera sobremaneira esse terceiro, pois, atualmente é corriqueira a exigência do cumprimento de outras obrigações acessórias semelhantes pela pessoa jurídica, que tem que cumprir o dever de transmitir declarações, munindo o fisco de informações que possibilitam a realização do cruzamento de dados a partir da utilização dos modernos computadores e softwares, que fazem parte do contexto contemporâneo de informatização e inteligência fiscal.

Ademais, os estabelecimentos farmacêuticos já têm como rotina sanitária efetuar a escrituração, junto ao Sistema Nacional de Gerenciamento de Produtos Controlados (SNGPC), das receitas com medicamentos vendidos com retenção de receita[22], bem como o registro de medicamentos sujeitos ao controle especial[23].

Segundo a Resolução-RDC nº 20, de 5 de maio de 2011, a escrituração de todas as operações relacionadas com substâncias e medicamentos antimicrobianos, isolados ou em associação, numa atualização que deve ser feita pelo responsável técnico do estabelecimento, com controle de acesso por senha pessoal e intransferível, com vistas a possibilitar o

22 Regulamentado pela Resolução RDC 20/2011.

23 Conforme Portaria 344/1998- ANVISA, que dispõe sobre a regulamentação de medicamentos sujeitos a controle especial.

controle da venda de tais remédios pela autoridade sanitária competente.

Portanto, o registro e informação à SRF acerca das vendas de medicamentos passíveis de ter os valores deduzidos no IRPF pouco alteraria na rotina dos estabelecimentos farmacêuticos, já que atualmente adotam parâmetros semelhantes em relação à fiscalização sanitária.

Observa-se que essa praticabilidade é uma realidade inafastável no contexto da fiscalização tributária atual, e está justificada pelo fato de ser um instrumento que possibilitaria o exercício de um direito do contribuinte, que é o direito à dedução de medicamentos integrantes da definição de mínimo existencial intributável, não sendo, pois, simples instrumento a serviço da ampliação da arrecadação.

Assim, com a possibilidade gerada pelos avanços da informatização e inteligência fiscais, parte-se de pressuposto que a criação de diversas obrigações acessórias que auxiliam ao fisco permitindo o cruzamento de informações e que são atualmente imprescindíveis para possibilitar uma fiscalização mais eficiente e, consequentemente, gerar uma maior arrecadação, é um caminho do qual não mais se pode retroagir. Então, por que não utilizá-las para aferir a real capacidade contributiva?

A criação dessa obrigação acessória é, pois, instrumento imprescindível no contexto da regulamentação do direito à dedução, eis que possibilita à Receita Federal cruzar tais dados e aferir a legitimidade da dedução, de modo que a lei passaria a ser aplicável às situações padrão, objeto de fiscalização.

Devido à utilização de modernas tecnologias da informação no acompanhamento, pelo Fisco, do cumprimento da obrigação tributária e da realização de despesas pelo contribuinte para fins de dedução, seria mais difícil que esse contribuinte conseguisse diminuir a base de cálculo do IRPF de forma fraudulenta, como ocorria, na mesma situação, há alguns anos. Vê-se hoje, que diante das várias possibilidades de cruzamento de dados que podem ser adotadas, as inconsistências nas deduções verificadas pelo sistema informatizado são detectadas e informadas ao contribuinte para que esse efetue, se for o caso, a retificação devida para não cair na temida "malha fina".

É necessário, pois, para atender-se aos imperativos de justiça tributária, que seja alterada essa realidade para permitir a dedução das despesas com medicamentos adquiridos pelo contribuinte da base de cálculo do IRPF, pois, da forma hoje prevista, a legislação que permite a dedução de tais despesas apenas quando integrantes de conta emitida por estabelecimento hospitalar, fere a isonomia tributária, pois desigua-

la contribuintes em idêntica situação, além de descumprir com os mandamentos constitucionais da capacidade contributiva, mínimo existencial e vedação ao confisco, eis que tributa valores que não se inserem no conceito constitucional de renda.

Considerada medida de justiça tributária, a regulamentação da dedução de despesas com medicamentos tem potencial para acarretar alguns efeitos extrafiscais, a exemplo da diminuição dos alarmantes índices de automedicação, além de possibilitar o incremento da arrecadação de tributos incidentes sobre o consumo, a exemplo do ICMS e de poder contribuir para a minimização dos efeitos da judicialização do direito à saúde.

5. **Conclusões**

A atual legislação do IRPF, ao não contemplar a dedução de despesas com medicamentos adquiridos diretamente pelo contribuinte da base de cálculo do imposto, fere os princípios da capacidade contributiva, da vedação ao confisco, da isonomia tributária, dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, sendo necessário o marco regulatório, por imperativo de justiça tributária.

Muitos dos argumentos utilizados para não se permitir legalmente tal espécie de dedução de despesas, por motivo de praticabilidade tributária, são inconsistentes e não se compatibilizam com o princípio da proporcionalidade, de modo que a não permissão do abatimento das despesas com medicamentos é medida ilegítima e inconstitucional por amesquinhar direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, não bastando ao fisco, para legitimar seja a existência de mecanismos de execução simplificada, seja a não permissão de abatimento de certas despesas, fundamentá-los no princípio da praticabilidade, alegando mera dificuldade de fiscalização ou perdas arrecadatórias.

Para permitir o direito à dedução, deveriam ser utilizados parâmetros apontados pela doutrina, os utilizados no direito comparado e na jurisprudência, sobretudo os que já são adotados pelo Poder Judiciário nos casos de ações que têm como objeto o fornecimento de medicamentos pelo poder público, bem como poder-se-ia instituir meios de controle utilizando-se dos recursos da tecnologia da informação (TI), sem gerar custos exacerbados para a administração tributária, para o contribuinte ou terceiros sujeitos à obrigações acessórias. Com isso, a lei passaria a ser aplicável às situações padrão objeto de fiscalização.

A regulamentação do direito à dedução de medicamentos

da base de cálculo do IRPF tem potencial para ocasionar alguns reflexos positivos, sejam relacionados à fiscalidade, como é o caso do potencial para promover o incremento na arrecadação de tributos incidentes sobre consumo, sejam de caráter extrafiscal, a exemplo da potencialidade para diminuição dos alarmantes índices de automedicação, na medida em que, para fins de dedução, houvesse a necessidade da compra do medicamento apenas com a apresentação da prescrição médica ou, ainda, poderia ocasionar a minimização dos efeitos da judicialização do direito à saúde, uma vez que, reconhecido o direito à dedução, muitos contribuintes deixariam de ingressar com demandas judiciais cujo objeto é o fornecimento de medicamentos.

É necessário, pois, para atender-se aos imperativos de justiça tributária, que seja alterada essa realidade com a previsão de um marco regulatório que permita a concretização dos magnos valores inseridos na Constituição da República, para sobrelevar o princípio solar da dignidade da pessoa humana e dar concretude à consigna de berço constitucional de que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado.

Referenciais

ANTÓN, Fernando Serrano. Derecho comparado: panorâmica general. *In*: FERNÁNDEZ, Javier Martín (coord.). **El Mínimo Personal y Familiar en el Impuesto sobre la renta de las personas físicas**: analisis de la ley 40/1998, de 9 de Diciembre, a luz de Derecho Comparado. Madrid: Marcial Pons, 2000.

BEZERRA, Fabio Luiz de Oliveira. Imunidade do mínimo existencial na tributação do Imposto de Renda Pessoa Física**. Revista Dialética de Direito Tributário**. v. 159, p. 19-30, dez./ 2008.

BRASIL. ANVISA. **Portaria n.º 344,** de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: < http://bit.ly/2saWg4U>. Acesso em: 26 maio 2017**.**

BRASIL. ANVISA. **Resolução RDC nº 20**, de 05 de maio de 2011. Dispõe sobre o controle de medicamentos à base de substâncias classificadas como antimicrobianos, de uso sob prescrição, isoladas ou em associação. Disponível em: < http://bit.ly/2rEtLtJ>. Acesso em: 26 maio 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n.º 3.916**, de 30 de outubro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Disponível em: < http://bit.ly/QuT1MI >. Acesso em: 26 maio 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.554,** de 30 de julho de 2013. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bit.ly/2oJVvOM > Acesso em: 02 jun. 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n° 2981**. Aprova o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Diário Oficial da União, 01 dez. 2009.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. **Relação nacional de medicamentos essenciais:** Rename. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. 7. ed., Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

BRASIL. **Lei nº 7.713**, de 22 de dezembro de 1988. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências.

Disponível em: < http://bit.ly/U3IZ3Y >. Acesso em: 17 mai 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 181.636-1,** Brasília, DF, 16 de abril de 2002. Disponível em: < http://bit.ly/P7mQB9 >. Acesso em 27 mai 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175,** Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Brasília, 17 mar 2010. Disponível em: < http://bit.ly/RlYAYR > Acesso em 27 mai. 2017.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 7.898/2010.** Disponível em: < http://bit.ly/Ny4JQL > Acesso em 16 mai. 2017.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 2157/07.** Disponível em: < http://bit.ly/PJLvMB> Acesso em 16 mai. 2017.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 4014/2004**. Disponível em: < http://bit.ly/PiY7pF > Acesso em 16 mai. 2017.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 12/2011.** Disponível em: < http://bit.ly/U6EiX5 > Acesso em 27 mai. 2017.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 147/2011.** Disponível em: < http://bit.ly/Rhmy7z > Acesso em: 27 mai. 2017.

CANADÁ. Canada Revenue Agency. **Income Tax Folio** (S1-F1-C1, Medical Expense Tax Credit). Disponível em <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/tchncl/ncmtx/fls/s1/f1/s1-f1-c1-eng.html > Acesso em: 27 mai. 2017

CARVALHO, Pedro Jorge da Rocha **O princípio da praticidade e a privatização da gestão tributária.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Fortaleza, 2009.

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

DERZI, Misabel Abreu Machado. Legalidade material, modo de pensar tipificante e praticidade no direito tributário. *In*: Justiça Tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. **Anais do I Congresso Internacional de Estudos Tributários - IBET**. Max Limonad: São Paulo, 1998, p. 627-650.

_____. Princípio da praticabilidade do direito tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 47, p.166-179, jan./mar 1989.

_____. A praticidade, a substituição tributária e o direito fundamental à justiça individual. *In:* FISCHER, Octavio Campos. **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004b.

FABO, Diego Marin-Barnuevo. **La protección del mínimo existencial en el âmbito del I.R.P.F.** Madrid: Colex, 1996.

MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. **Caderno Saúde Pública**, v. 21, n. 2, Rio de Janeiro, mar./abr. 2005. Disponível em: <http://bit.ly/TtFVfq >. Acesso em 27 mai. 2017.

ORIZON. **[Gastos com Medicamentos]**. Disponível em: < http://bit.ly/Nw2kMl > Acesso em: em 27 ago. 2017.

PORTUGAL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 224/2015**, de 27 de maio de 2015. Estabelece o regime jurídico a que obedecem as regras de prescrição e dispensa de medicamentos e produtos de saúde e define as obrigações de informação a prestar aos utentes. Diário da República n.º 144/2015, Série I de 2015-07-27. Disponível em: <http://bit.ly/2r85Imz>. Acesso em: 27 mai. 2017.

REIS, Elcio Fonseca. O imposto de renda das pessoas físicas e a dignidade da pessoa humana. Intributabilidade do mínimo existencial. **Revista Dialética de Direito Tributário.** v. 65, p. 33-40, fev/2001.

RETTLIG, Charles. At-a-Glance: The Internal Revenue Service, its Mission and Function. **Journal of Tax Practice & Procedure**. Aug-Set/2006, p. 60-70. Disponível em: <http://bit.ly/RvleCd >. Acesso em 02 jun. 2017.

SEGATTO, Cristiane. O paciente de R$ 800 mil. Revista Época. 16 mar. 2012. Disponível em: < https://glo.bo/1itfjYN >. Acesso em 26 mai. 2017.

SPITZ, Clarice. Saúde pesa mais no bolso do cidadão do que do governo. O Globo, 18 jan. 2012. Disponível em: <http://glo.bo/ySrp4O>. Acesso em: 17 mai 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. Princípio da eficiência em matéria tributária**.** *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Princípio de Eficiência em matéria tributária**: Pesquisas Tributárias - Nova Série 12. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2006, p. 69.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro : Renovar, 2009.

_____. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.1, 1989, p. 29-49.

UNITED STATES. Department of the Treasury. Internal Revenue Service. **Publication 502:** Medical and Dental Expenses (Including the Health Coverage Tax Credit). Disponível em: <http://1.usa.gov/2DQ4Q5>. Acesso em 17 mai. 2017.

VASCONCELOS, Inessa da Mota Linhares. O princípio da praticabilidade e os limites de sua aplicação no Direito Tributário. *In:* MENDONÇA, Lírida C. A.(org). **A Teoria constitucional tributária em evidência.** Fortaleza: EdUECE/UNIFOR, 2010, p. 151-176.

_____. **Efetivação da Justiça Tributária:** a constitucionalidade da dedução de despesas com medicamentos adquiridos pelo contribuinte da base de cálculo do IRPF. Tese (Doutorado) – Universidade de Fortaleza, 2012.

VELLOSO, Andrei Pitten. Fundamentos e limites constitucionais da simplificação tributária: análise sistemática à luz dos aportes doutrinários e jurisprudenciais alemães. **Revista Fórum de Direito Tributário.** Belo Horizonte, v. 5, n. 30, p. 61-105, nov./dez. 2007.

_____. A tributação da família no Brasil à luz dos princípios constitucionais. **Revista Fórum de Direito Tributário.** Belo Horizonte. v. 8, n. 46, p. 65-86. jul./ago. 2010.

VIEIRA Fabiola Sulpini; ZUCCHI, Paola. Ações judiciais e política de medicamentos. **Revista Saúde Pública**. v. 41, n. 2, p. 214-222, abr/2007.

ZILVETI, Fernando Aurélio. **Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva.** São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. Simplicius simplicissismus - os limites da praticabilidade diante do princípio da capacidade contributiva. **Direito Tributário Atual**. São Paulo. n. 22, p.179-92, 2008.

_____. Capacidade contributiva e mínimo existencial. *In*: SHOUERI, Luís Eduardo e ZILVETI, Fernando Aurélio. **Direito Tributário**: Estudos em homenagem a Brandão Machado, São Paulo: Dialética, 1998.

CAPÍTULO 6

ANÁLISE CRÍTICA DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE QUANTO À DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

FLÁVIA SOUSA DANTAS PINTO

1. Introdução

O presente trabalho foi escrito por ocasião da realização de curso de aperfeiçoamento de magistrados intitulado "A judicialização dos sistemas de saúde: causas, limites e soluções", ministrado pelo professor Doutor Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva na ESMARN.

De acordo com a proposta avaliativa feita pelo professor acima mencionado, optou-se por analisar a política pública de universalização de acesso à saúde encerrada na Lei nº 8.080/90, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.401/2011, especificamente no art. 19-M, I, a exigir protocolo prévio para fins de dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, de modo a se enfrentar a questão de ser juridicamente possível e politicamente legítima a inserção de procedimento administrativo no instante da execução de uma política pública.

Assim, um corte que necessita ser explicitado é o de que o presente trabalho ater-se-á à dispensação de medicamentos em detrimento de outras formas de promoção à saúde e especificamente àqueles não contemplados pelas listas elaboradas pelo SUS, em quaisquer das esferas federativas.

Partindo-se desse norte, iniciar-se-á a abordagem pela necessária distinção entre o direito à vida e o direito à saúde, enquanto componente do mínimo existencial, para, num segundo momento, traçar a definição de política pública com o qual se trabalhará, distinguindo-a de figuras afins e de atribuições inerentes ao funcionamento normal do Estado.

Dentro do capítulo dispensado às políticas públicas, destinar-se-á a atenção para as suas fases de gênese, normatização e execução e de como elas se legitimam em cada uma dessas fases.

Em seguida, identificar-se-á como é tratada a política pública de saúde dentro da Lei nº 8.080/90 para, em seguida, proceder-se à uma análise crítica da mesma dentro dos moldes anteriormente traçados, ocasião em que o participação do judiciário será levada em consideração.

2. **Direito à saúde *versus* direito à vida**

Enquanto Estado Social de Direito que se propõe a ser, o Brasil tem por obrigação a salvaguarda do mínimo existencial. Mas o que vem a ser o mínimo existencial?

É bem verdade que o mínimo existencial não se encontra explicitado no texto constitucional, contudo é passível de ser extraído a partir de dispositivos constitucionais envolvidos com o estabelecimento de condições materiais mínimas para a existência dos indivíduos, a exemplo da educação, moradia, lazer, trabalho, segurança (art. 6º, da CF/88), dentre outros, assim como pela imposição a todos os entes federativos da adoção de providências que tenham por fito a preservação da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais (arts. 1º e 3º, da CF/88).

De acordo com John Rawls[1], o mínimo existencial afigurar-se-ia como um viabilizador do exercício dos direitos individuais e políticos, à medida em que se destina a recompor a posição equitativa de oportunidades ou pontos de partida que se encontrem em posição de desequilíbrio tal que importem na consequente distribuição desigual de oportunidades de acesso ou de inclusão social, criando, com isso, os

1 Cf. RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 40.

"subcidadãos" e os "sobrecidadãos" ou os "subintegrados" e "sobreintegrados", na dicção de Marcelo Neves[2].

Em outras palavras, de acordo com Rawls, pode-se afirmar que o mínimo existencial destina-se a garantir a plenitude da cidadania, a partir da igualdade dos pontos de partida proporcionável por intermédio de condições mínimas de igualdade de acesso aos subsistema sociais por parte de todos os cidadãos.

Portanto, garantir o acesso à educação básica e fundamental de forma gratuita a todos, assim como o direito à saúde, dentre outros, implica em garantir as condições mínimas de igualdade suficientes a permitir o exercício de direitos outros inerentes à cidadania e decorrentes da instrução e da saúde de qualquer cidadão, como, por exemplo, a inserção em mercado de trabalho, conseqüente aquisição de recursos e, por fim, a liberdade que a capacidade de recomposição da escassez pode proporcionar.

2 NEVES, Marcelo da Costa Pinto (1994). **Entre Subintegração e Sobreintegração: a cidadania inexistente**. *Dados – Revista de Ciências Sociais,* Rio de Janeiro, IUPERJ, v. 37, n. 2, p. 278. No caso dos subintegrados, haveria inserção no subsistema jurídico e, em última análise, no sistema social apenas com relação aos deveres, sem que aos mesmos fosse assegurado o correlato acesso aos benefícios e vantagens (direitos) nele previstos, dentre os quais se insere o gozo de seus direitos fundamentais. Já os sobreintegrados, também mantêm com o sistema jurídico relação de acesso parcial, observável apenas quanto aos benefícios, sendo tal relação deficiente quanto aos deveres, de modo que, segundo o citado autor, "la garantia de la impunidad es uno de los rasgos característicos de la sobreciudadanía" – ob. cit., p. 278.

Afinal de contas, que liberdade pode exsurgir da desigualdade de acesso à educação ou da desigualdade de acesso às condições mínimas de saúde? O excluído do sistema educacional por questões alheias à sua vontade[3] torna-se, quase que inexoravelmente, excluído de outros subsistemas sociais, tendo mitigada a sua capacidade de recomposição da escassez ditada pela limitação de recursos e, assim, proporcionando exclusões encadeadas quanto ao sistema econômico (incapacidade de boa empregabilidade), ao sistema jurídico (desconhecimento das possibilidades de ingresso gratuito de ações e dos seus direitos), ao sistema político (impossibilidade do analfabeto concorrer a cargos eletivos), dentre tantos outros.

Em outras palavras, pode-se dizer que a exclusão de um subsistema social[4] pode ocasionar - e fatalmente ocasiona – efeitos em cascata, ao que Nafarrate se refere como "restos de exclusión" e explica: "'Restos de problemas de exclusión' quiere decir que en regiones altamente desarrolladas el que-

3 A única garantia que o direito pode proporcionar é a dos pontos de partida, fugindo ao seu controle a exclusão decorrente da vontade do próprio indivíduo de se fazer excluir, como, por exemplo, no caso do aluno que não obtém êxito em passar de ano, a despeito da existência de boas escolas e professores mantidos pelo Estado à sua disposição.

4 Trabalha-se com a concepção de sistema social e de subsistemas sociais da teoria dos sistemas Luhmanniana – vide LUHMANN, Niklas (2002). **El derecho de La sociedad.** Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana/Colección Teoria Social.

darse atrasado en un sistema acarrea dificultades (cuando no exclusión) para participar en otros"[5].

Feitas as considerações iniciais necessárias, resta enfrentar a questão de se a vida encontra-se inserta na definição de mínimo existencial e se há distinções entre o direito à vida e o direito à saúde para tal mister.

Na Constituição de 1988, o direito à vida é contemplado no caput do art. 5º, que assim dispõe:

> 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:

Por outro lado, o direito à saúde integra o rol de direitos sociais contido no art. 6º da Constituição, que assim dispõe:

> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

E, mais adiante, o art. 196 assim prescreve:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever

5 NAFARRATE, Javier Torres (2004). **Luhmann: La política como sistema.** México: Universidad Iberoamericana, p. 396.

> do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Com base nos trechos constitucionais acima transcritos, percebe-se uma nítida diferença entre o direito à vida e o direito à saúde.

A vida não está exclusivamente atrelada ao direito à saúde, já que a vida pode ser posta em xeque pelo desatendimento de outros direitos fundamentais e/ou sociais, tais como habitação, segurança, trabalho digno, dentre outros, como acentuado pelo art. 3º da Lei nº 8.080/90.[6]

Com efeito, entende-se por exagerada a vinculação do direito à vida ao mínimo existencial feita por alguns, como fundamento jurídico de se levar às últimas conseqüências a obrigação do Estado em provê-la, especificamente dentro da política pública de saúde, mesmo que em detrimento do direito à vida dos demais cidadãos. Caso se partisse desse entendimento, a iminência da morte implicaria na obriga-

6 "Art. 3º. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País".

toriedade de mobilização do Estado como forma de evitá-la, independentemente de sua causa e da aferição da efetividade do tratamento existente[7].

Mesmo porque o direito à vida, assim como o direito à liberdade e a igualdade, por exemplo, não tem como ser assegurado material ou faticamente a todo e a qualquer um, pelo simples fato de que a manutenção da vida pode fugir ao controle do Estado por questões alheias à sua vontade e às suas possibilidades, o que ocorre nos casos de suicídio, de óbito mesmo tendo sido dispensado o tratamento médico adequado, dentre outros. Também a igualdade material não tem como ser assegurada a todos e a qualquer um, por fugir às possibilidades do Estado o desejo de alguém de não querer estudar ou trabalhar.

7 Como exemplo de quem defende este posicionamento, citamos trecho da dissertação de mestrado defendida por Cláudia Carvalho Queiroz, intitulada "A mediação como instrumento concretizador do direito fundamental à saúde: uma alternativa à judicialização de conflitos", defendida e aprovada perante banca da UFRN em 18.03.2013, na qual a mestranda defende na p. 105 que: "No âmbito do direito à saúde, em todas aquelas situações em que se afigura o risco iminente de morte, o mínimo existencial deve ser resguardado (...)". Assim, entende a citada autora, que a iminência da morte motiva inexoravelmente o Estado a prestar a assistência necessária à sua satisfação, por se tratar a vida de direito inerente ao mínimo existencial. Discorda-se desse posicionamento, já que, por vezes, o combate a iminência da morte pode se mostrar como excessivamente dispendioso ou "inútil" (não se quer com essa expressão desdenhar a vida, mas, de forma fria, analisar a efetividade de determinado procedimento ou intervenção médica que venha a ser adotada) para exigir mobilização de recursos públicos excessivos, donde exsurgir a necessidade de estabelecimento de distinção entre o direito à vida e o direito à saúde.

Portanto, compete ao Estado apenas garantir as condições mínimas de acesso igualitário a todos e não a igualdade decorrente do acesso, que está a depender da vontade do indivíduo em se fazer integrar ou não. *Modus rebus*, não tem o Estado como garantir sempre e em qualquer hipótese o direito à vida, mas apenas as condições mínimas de acesso ao subsistema social da saúde como forma de viabilizar, por vias transversas, o direito à vida.

É por isso que, na esteira da definição de John Rawls, entende-se que o mínimo existencial não é a vida em si mesma, mas a garantia de acesso às condições mínimas e igualitárias para a sua manutenção, ou seja o direito à vida não esta inserto no mínimo existencial, mas, sim, as formas básicas necessárias à sua garantia, no que se insere o direito à saúde, com todas as limitações orçamentárias a ele inerentes.

Portanto, deve-se necessariamente fazer a distinção entre o direito à vida e o direito à saúde quando da abordagem do mínimo existencial, sob pena de se levar às últimas conseqüências e às raias da desproporcionalidade a responsabilidade do Estado.

3. As políticas públicas e suas dimensões legitimantes

O maior desafio imposto ao Estado Democrático de Direito Contemporâneo, seja ele de que nacionalidade for, é a promoção e a concretização dos direitos fundamentais como forma de se atingir a cidadania plena generalizada, alterando-se, conforme o Estado, as exigências contextuais mínimas para tanto.

Essa asserção tem efeitos diretos e imediatos sobre o que deve ser considerado como mínimo existencial, que por óbvio também sofre alterações ditadas pelas contingências dos mais diversos Estados. Em Estados avançados, certamente a definição de mínimo existencial é muito mais abrangente que no Brasil, ainda carente de prestações estatais mínimas.[8]

A inclusão social generalizada almejada pela cidadania plena pode ser viabilizada pelo funcionamento normal do Estado,

8 Trabalha-se com um conceito relativo de mínimo existencial, tal qual defendido por Alexy e adotado pela República Federal da Alemanha: "Sem recorrer a comparações é praticamente impossível determinar o que faz parte do mínimo existencial garantido constitucionalmente. Como a História e outros países demonstram, o mínimo existencial absoluto pode ser fixado em um patamar extremamente baixo. Sob a Constituição alemã o que importa é o mínimo existencial relativo, ou seja, aquilo que sob as condições de cada momento na República Federal da Alemanha seja considerado como mínimo existencial. Simplesmente aceitar aquilo que o legislador garante em cada momento seria renunciar a um padrão jurídico-constitucional para aquilo que o legislador tem o dever de garantir" – ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. da 5ª Ed., alemã por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 427-8.

considerando-se as atribuições que lhes são assinaladas pelo Texto Constitucional, relativas à própria saúde, à habitação, à segurança, ao lazer, ao emprego, dentre outros, o que implica dizer, com base na teoria dos sistemas luhmanniana, que a integração (inclusão social) pode advir do funcionamento autônomo e por meio dos peculiares mecanismos para a inserção social de que dispõem os subsistemas sociais (econômico, jurídico, sanitário, educacional, de transportes, dentre outros).

Todavia, quando esses mecanismos não desempenharem sua função a contento, falecendo-lhes a eficiência ou a suficiência para contornar obstáculos que se interponham ao gozo integral ou generalizado dos direitos fundamentais e com sérios reflexos nas possibilidades de inserção social, entram em campo as políticas públicas, enquanto meios para que seja assegurado o mínimo de igualdade de oportunidades entre os cidadãos.

Essa distinção é de suma importância como forma de se evitar que toda e qualquer mobilização estatal entre na definição de política pública, vulgarizando o vocábulo e diminuindo a força que a expressão pode e deve comportar.

Neste sentido, assevera Fernando Aith que os objetivos das políticas públicas, por ele denominadas de políticas de go-

verno, "são o de aumentar a eficácia e a efetividade das ações de promoção e proteção dos direitos humanos através da estrutura estatal já existente e utilizando-se dos mecanismos democráticos já estabelecidos"[9].

Feita essa necessária distinção e centrando-se nas políticas públicas, com inspiração nas ensinanças de Pierre Muller[10], defende-se que as políticas públicas podem ser analisadas sobe três vertentes convergentes: "(i) do processo público de sua concepção, em que entram em jogo os atores envolvidos, os grupos de pressão, as escolhas públicas, a forma como as decisões políticas são tomadas e as 'arenas de poder'; (ii) da materialização normativa, momento em que as políticas públicas ganham substância formal (...) e (iii) da implementação ou substância fática, centrada mais na eficiência e na eficácia da *policy*, em seus efeitos, no impacto efetivamente causado na sociedade e em seu financiamento,

9 AITH, Fernando (2006). **Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos.** In: BUCCI, Maria Paulo Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, p. 236.

10 O citado doutrinador francês menciona três formas de abordagem das políticas públicas: uma primeira relacionada à sua concepção; uma segunda focada no estudo das ferramentas de que o Estado pode se valer para instrumentalizá-las, a que denominou de "caixa-preta" do Estado; e a terceira que tangencia a efetividade e a eficácia das mesmas no seio social. Cf. MULLER, Pierre (2008). **Que sais-je? Les politiques publiques.** 7. Ed. Paris: Presses Universitaires de France, p. 88-9.

revelando-se a avaliação uma importante ferramenta para o desenvolvimento dessa análise", sem que nenhuma dessas vertentes seja excluída da definição de política pública.[11]

3.1. Dimensão política das policies

Uma política pública é, em sua gênese, uma decisão política e, enquanto tal, sua legitimidade é ditada pela participação democrática no processo de sua formação, não sendo necessário para tanto a existência de um consenso real lastreado com exclusividade em aspectos de ordem técnica, como defendido pela teoria da escolha pública[12], mas no consenso quanto aos procedimentos democráticos de tomada de decisões coletivamente vinculantes que conduzam à sua formação, o qual pressupõe inexoravelmente a abertura desses procedimentos às mais diversas vertentes de pensamento e

11 PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunos, Tribunais e Policies: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas.** Tese apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em maio/2010, para obtenção do título de doutora em Direito Tributário, p. 215.

12 Um dos expoentes dessa corrente econômica, Vernon Van Dyke, chega a afirmar que as políticas públicas seriam decisões de cunho técnico e, portanto, uma decisão não política, ditadas pela racionalidade e consenso baseado no pressuposto de que é possível a existência de apenas uma decisão técnica que se apresente como a mais correta para determinado problema social. Cf. REIS, Fábio Wanderley (2000). **Mercado e Utopia: teoria política e sociedade brasileira.** São Paulo: EDUSP, p. 49.

valores que se possa pinçar do tecido social. Afinal de contas, "é a democratização do processo político, e não a ditadura do tecnicismo, que tem o poder de neutralizar as tensões sociais, a partir de uma harmonização dos procedimentos adotados (...), ao que se denomina legitimidade". [13]

Depositar a definição de política pública com exclusividade em aspectos de ordem técnica é renegar a velocidade com que as tecnologias a influenciar essas decisões se aperfeiçoam e mudam, como ocorre com freqüência no nosso campo de análise, a saúde, além de subestimar o fato de existir sempre mais de uma forma técnica de se atingir determinada finalidade, cuja opção por uma delas, a partir do que se exige para implementá-la, vai sempre demandar uma valoração subjetiva própria à uma decisão política, afastando-se o tecnicismo como exclusiva forma de legitimar uma política pública.

Retomando a distinção entre políticas públicas e decisões políticas outras adotadas para fins de funcionamento do Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que "se toda política pública está associada à universalização da inclusão social, nem toda medida com vistas à inclusão social está

13 PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunos, Tribunais e Policies: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas.** Tese apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em maio/2010, para obtenção do título de doutora em Direito Tributário, p. 221.

vinculada a uma política pública, embora decorra de uma decisão política. Para que uma determinada decisão política adquira o colorido diferenciado de uma política pública é mister que tenha o condão de balizar e coordenar decisões outras, políticas ou não, e que se destine à recomposição ou ampliação dos mecanismos de inclusão social de outros subsistemas sociais. (...) Pode-se exemplificar com a educação. O provimento da educação básica enquadra-se nas funções essenciais do Estado. A política pública neste específico setor identifica-se, assim, com decisões coletivamente vinculantes que determinam a obrigatoriedade de submissão ao sistema de educação básica ou a mobilização de recursos estatais (humanos, financeiros, técnicos, etc.) com o objetivo de obtenção da 'progressiva universalização do ensino gratuito' (artigo 208, inciso II), do 'atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência' (artigo 208, inciso III), do 'acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística' (artigo 208, inciso V), da 'oferta de ensino noturno regular' (artigo 208, inciso VI), ou seja, com previsão da mobilização do aparato Estatal que extrapole sua funções básicas com vistas à universalização das possibilidades de acesso à educação".[14]

14 PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunos, Tribunais e Policies: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas.** Tese apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em maio/2010, para obtenção do título de doutora em Direito Tributário, p. 237.

3.2. Dimensão normativa das *policies*

Como acontece com toda e qualquer decisão política, as políticas públicas também são travestidas em normas jurídicas, sendo esse o segundo momento da análise proposta: o da materialização normativa.

Neste instante, o direito oferece à política o instrumental necessário para a sua materialização e para a implementação de suas decisões, mediante, dentre outras coisas, a utilização de técnicas normativas de estímulo à inclusão social sacáveis de seu aparato jurídico coercitivo, mas comportando, em contrapartida, o controle exercido pelo sistema jurídico sobre os atos políticos realizados, controle esse que poderá recair, inclusive, sobre a adequação, suficiência e necessidade entre os meios utilizados e os fins perseguidos e, por vezes, da necessária vinculação entre os meios utilizados e os fins pretendidos, quando possível e normativamente prescrito. Essa segunda hipótese pode ser visualizada na vinculação entre a arrecadação de determinados tributos e utilização da receita gerada em despesas pré-determinadas, a exemplo dos empréstimos compulsórios (v. parágrafo único do art. 148 da CF/88).

Atente-se para o fato de que as normas que veiculam políticas públicas se caracterizam por conter, dentre suas prescrições normativas, uma finalidade específica a ser buscada

por um conjunto de outras normas por ela balizadas. É o que ocorre com as normas jurídicas que prescrevem a universalização da educação ou do acesso à saúde, por exemplo. Entretanto, não se deve confundir a política pública com os meios ou medidas estabelecidos para atendê-las. Especificamente quanto ao campo da saúde, há que se distinguir entre a política pública em si mesma (universalização do acesso à saúde) das inúmeras medidas contidas na Lei nº 8.080/90 para o atendimento dessa finalidade.

A validação finalística das normas jurídicas, a par da validação condicional ou causal, é marca característica do Estado Social, responsável pela adoção de uma postura mais prospectiva, balizada não mais em medidas repressivas com vistas à manutenção do *status quo*, mas também num forte instrumental promocional com vistas ao atingimento de determinada finalidade.

Essa possibilidade de aferição da validade finalística das normas jurídicas é defendida por dois importantes juristas brasileiros, dentre outros. O primeiro, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, pontifica que:

> Na validação condicional, a norma imunizante, por seu relato ou conteúdo, neutraliza diretamente o cometimento (relação de autoridade) da norma imunizada, de tal modo que o relato ou conteúdo desta

> independe de fins a serem atingidos (o importante é que os meios sejam respeitados, ainda que os fins não sejam alcançados".[15]

Em outro pórtico, defende que na validade finalística, "a norma imunizante, por seu relato ou conteúdo, imuniza a relação de autoridade ou cometimento da norma imunizada por meio da prescrição de fins que o conteúdo ou relato da norma imunizada deva atingir", havendo uma necessária "solidariedade entre meios e fins (é importante que os meios estejam adequados aos fins, a fim de que estes sejam alcançados)".[16]

Marco Aurélio Greco, por sua vez, doutrina que as normas submetidas à validação causal pautam-se no critério da inclusão, de modo que "a norma inferior será válida se tiver previsto fatos que pertençam ao conjunto abrangido pela visão constitucional".[17] Ao passo que aquelas sujeitas à técnica de validação finalística, se caracterizam pela vinculação a finalidades a serem atingidas, sem que os meios necessá-

15 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (2003). **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação.** 4ª Ed., rev. E ampl. São Paulo: Atlas, 185-6.

16 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (2003). **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação.** 4ª Ed., rev. E ampl. São Paulo: Atlas, 186.

17 GRECO, Marco Aurélio (2000). **Contribuições (uma figura "sui generis").** São Paulo: Dialética, p. 122.

rios a tanto estejam especificados a exigir uma necessária aferição de compatibilidade ou de proporcionalidade entre os fins previstos constitucionalmente e os meios adotados infraconstitucionalmente, valendo-se o aplicador do direito de três elementos para tal aferição: necessidade, adequação e proibição de excesso. São passíveis de invalidação, as normas finalísticas que se valham de meios desnecessários, inadequados ou excessivos.[18]

É justamente nesta adequação entre meios e fins que repousa a legitimidade que as normas veiculadoras de políticas públicas e das medidas necessárias a sua implementação devem almejar, competindo ao judiciário o exercício dessa fiscalização, a par da validação causal.

3.3. Dimensão econômica das *policies*

A última vertente analítica das políticas públicas diz respeito à sua materialização fática, na qual exerce preponderante papel o subsistema econômico, não apenas no que diz respeito às formas de financiamento dessa mobilização estatal e a sua extensão, quanto à avaliação acerca de seu impacto, isto é, acerca da otimização dos recursos investidos quando

18 GRECO, Marco Aurélio (2000). **Contribuições (uma figura "sui generis").** São Paulo: Dialética, p. 119.

comparado aos resultados obtidos, a qual terá o condão de balizar futuras decisões políticas sobre o assunto, com o fito de manter ou alterar as medidas empreendidas para a consecução de determinada política pública.

É justamente essa tarefa avaliativa destinada ao subsistema econômico a responsável pelo estabelecimento de padrões de legitimidade também no plano da materialização fática da *policies*. Não basta a previsão constitucional de direitos fundamentais ou o repasse de verbas orçamentárias de forma descomprometida para a implementação de políticas públicas que universalizem as possibilidades de acesso a tais direitos. "No Estado Social de Direito contemporâneo, exige-se a concretização eficiente das políticas públicas para que o Estado possa legitimar-se, entrando em jogo os critérios avaliativos sobre a implementação e os efeitos das *policies*"[19], sendo insuficiente a análise acerca da observância democrática dos procedimentos previstos para a tomada da decisão política, se há adequação entre fins e meios e exigindo-se também, por corolário, saber se a escassez gerada pela arrecadação de valores dos indivíduos por meio de tributos, preços públicos ou tarifas foi recomposta socialmente e de

19 PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunos, Tribunais e Policies: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas.** Tese apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em maio/2010, para obtenção do título de doutora em Direito Tributário, p. 300.

forma eficiente pela políticas públicas implementadas. "Em caso negativo, a insatisfação social é inevitável e a ilegitimidade econômica da medida adotada reflete-se nas instâncias política e jurídica da *policy* implementada".[20]

A necessidade avaliativa é ditada pela reconhecida limitação de recursos do Estado por um lado e as ilimitadas necessidades sociais, a estabelecer a otimização dos recursos e a priorização de gastos públicos, no berço do que foi construída teoria da "reserva do possível".

3.4. Definição de políticas públicas

De modo abrangente, pode-se afirmar serem as políticas públicas "decisões coletivamente vinculantes eletivas de prioridades, que direcionam e coordenam as atividades públicas e privadas envolvidas nas medidas adotadas para sua implementação, com a finalidade de universalização das possibilidades de inclusão nos subsistemas sociais, mediante o estímulo à inclusão individual e de terceiros, a remoção de obstáculos ao gozo de direitos fundamentais e, portanto,

20 PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunos, Tribunais e Policies: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas.** Tese apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em maio/2010, para obtenção do título de doutora em Direito Tributário, p. 301.

por intermédio da recomposição dos mecanismos subsistêmicos deficientes ou insuficientes para o cumprimento deste mister, medidas essas instrumentalizadas e controladas pelo sistema jurídico, financiadas (com recursos públicos e/ou privados) e avaliadas pelo sistema econômico e que comportam aferição de legitimidade pelo aspecto democrático da sua concepção, pela legalidade da vinculação e da adequação entre meios e fins constatável do ponto de vista normativo e pela eficiência, eficácia e efetividade das respostas dadas a esse específico problema social".[21]

Não obstante, pode-se definir minimamente da seguinte forma:

> decisões coletivamente vinculantes eletivas de prioridades, submetidas à instrumentalização e ao controle jurídico, que direcionam e coordenam as atividades públicas e privadas envolvidas nas medidas adotadas para sua implementação, com a finalidade de universalização das possibilidades de inclusão nos subsistemas sociais.[22]

21 PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunos, Tribunais e Policies: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas.** Tese apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em maio/2010, para obtenção do título de doutora em Direito Tributário, p. 335.

22 PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunos, Tribunais e Policies: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas.** Tese apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em maio/2010, para obtenção do título de doutora em Direito Tributário, p. 335.

4. A política pública de acesso universal à saúde

Como anteriormente mencionado, o direito à saúde encontra-se constitucionalmente previsto nos arts. 6º e 196 da CF/88.

Neste último dispositivo legal, fica bem clara a distinção entre a promoção do direito à saúde por meio do funcionamento normal do Estado ("A saúde é direito de todos e dever do Estado"), da universalização das possibilidades de acesso por intermédio de política pública ("garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação").

Tal distinção fica ainda mais clara nas disposições da Lei nº 8.080/90, que encerra as medidas necessárias à implementação dessa política pública, como se constata a partir do art. 3º, que prescreve que a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, dentre outras coisas, o acesso aos bens e serviços essenciais e, no art. 2º, trata do dever do Estado na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às

ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Enquanto dever do Estado, faz parte inexorável de seu funcionamento normal, devendo ser naturalmente destinado recursos e pessoal para a sua consecução dos serviços tidos por essenciais. Entretanto, desde já o Texto Constitucional prevê a criação de mecanismos que garantam o acesso universal e igualitário a tais ações, quer no tocante à promoção, como à proteção e a recuperação da saúde, no que se inserem as políticas públicas, reconhecendo de antemão falhas quanto à igualdade de acesso a todos.

Aplicando-se o arcabouço teórico desenvolvido nos capítulos anteriores a esse campo prático de análise, pode-se afirmar que a gênese dessa específica política pública encontra-se no ato político de discussão e de aprovação dessa específica lei, responsável pela materialização normativa da política pública concebida, isto é, pela entronização de uma finalidade e pelo estabelecimento dos meios a serem seguidos para o atendimento da finalidade última perquirida.

Logo, cabe a aferição da legitimidade nas três instâncias de análise anteriormente mencionadas.

4.1. Legitimação quanto à participação democrática: dimensão política

Do ponto de vista do aspecto político desta *policy*, não se há que negar o forte apelo democrático que a acompanha e a legitima, quer no tocante às discussões levadas a cabo dentro do Congresso Nacional para a sua aprovação, considerando-se a eclética formação de nosso parlamento, como também as inúmeras possibilidades de realização de escolhas, dentro do processo de implementação, por órgãos e conselhos paritários, com forte apelo democrático.

Embasa essa asserção a Lei nº 8.142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, por meio da Conferência de Saúde e dos Conselhos de Saúde, estes últimos formados por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários para atuar na formulação de estratégias (alterações na política pública) e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros (art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.142/90). É o povo participando ativamente da execução, do aperfeiçoamento e do controle da política pública de acesso à saúde.

Inclusive, essa gestão democrática é responsável pela elaboração das relações de medicamentos que integram a política pública incorporada pelo SUS (v. art. 19-P, da Lei nº 8.080/90).

Também reforça esse entendimento a participação paritária na Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC, órgão que assessora o Ministério da Saúde quanto à incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, consoante se pode perceber a partir do art. 8º do Anexo à Portaria nº 2009/2012 do Ministério da Saúde, que aprovou o seu regimento interno, isso sem mencionar as subcomissões técnicas previstas no mesmo regimento, com o fito de auxiliar o trabalho da CONITEC, igualmente democráticos, e a possibilidade da referida Comissão Permanente "convidar representantes de entidades, autoridades, cientistas e técnicos nacionais ou estrangeiros para, exclusivamente em caráter auxiliar, colaborar em reuniões ou fornecer subsídios técnicos", a que se refere o art. 5º de seu Regimento Interno.

Finalmente, cita-se o caso da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, responsável pela autorização de comercialização de medicamentos no território nacional, sem a qual o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico não pode ser feito pelo SUS (v. art. 19-T, I e II, da Lei nº 8.080/90), agência essa que, além de autônoma e independente (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.782/99), contará

com a colaboração de um Conselho Consultivo composto, no mínimo, por representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, dos produtores, dos comerciantes, da comunidade científica e dos usuários, na forma do regulamento (art. 9º, parágrafo único, da Lei nº 9.782/99).

Assim, conclui-se que, em sua dimensão política, a *policy* que tem por fito proporcionar a universalização do acesso à saúde está absolutamente legitimada, pela definição de procedimentos responsáveis pela realização de escolhas, prioridades e exercício da fiscalização absolutamente democráticos em sua formação, garantindo o consenso popular quanto às decisões tomadas.

4.2. Legitimação quanto aos fins perseguidos: dimensão normativa

Como visto, a dimensão normativa analisa a adequação entre fins e meios, como forma de se aferir se aqueles (os meios eleitos) se afiguram com adequados, necessários e suficientes ao atendimento da finalidade eleita.

Dentre as inúmeras possibilidades de análise que esse item suscita, centrar-se-á na exigência de procedimento para fins de dispensação de medicamentos a que se refere o art. 19-M,

I, da Lei nº 8.080/90, com redação conferida pela Lei nº 12.401/11.

Assim dispõe o referido artigo legal:

> Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em:
>
> I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, **cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde** a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P" (grifos acrescidos).

Por seu turno, o art. 19-N, II, do mesmo diploma legal define o que vem a ser protocolo:

> II - protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS".

Quando tais protocolos já se encontram definidos e incorporados ao SUS, inexistem maiores problemas acerca da aferição de tal legitimidade.

O problema se põe quando se trata de medicamento novo, não contemplado pelo protocolo e ainda não integrado ao SUS e que importe, portanto, em alteração desse protocolo. Neste caso, o Ministério da Saúde, assessorado pela CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição, como acentuado no item anterior, é democrática e paritária, pode levar até 270 dias para a sua aprovação (v. art. 19-R, da Lei nº 8.080/90), caso o medicamento já tenha sido aprovado pela ANVISA, do contrário esse prazo pode ser ainda mais elástico, diante da vedação de incorporação ao SUS de medicamente cujo uso não tenha sido autorizado pela ANVISA ou que ainda esteja em processo de registro (v. art. 19-T, da Lei nº 8.080/90).

Em princípio, o protocolo exigido por lei não se afigura como meio ilegítimo para o atendimento das finalidades propugnadas justamente por contemplar informações que possibilitam essa aferição, permitindo, assim, a extensão de forma segura e racional da dispensação do medicamente a todos os usuários do SUS.

Saliente-se que, na ausência do protocolo, a legislação em vigor autoriza a dispensação com base nas relações de medicamentos elaboradas pelos gestores do SUS em quaisquer das esferas federativas a que se refere o art. 19-P mencionado pelo art. 19-M e abaixo transcrito:

> Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:
>
> I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;
>
> II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;
>
> III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde".

Isso implica dizer que a legislação incorpora um "plano B", a funcionar em caso de falha do procedimento exigido pelos protocolos clínicos.

Como se o protocolo não encerrasse interessante, democrática e segura forma de dispensação de medicamentos, ainda possibilita a realização de avaliação do meio adotado em contraposição ao fim pretendido, remetendo-se

esse específica análise para o capítulo seguinte.

O que fazer, entretanto, se o medicamento não se encontra ainda contemplado nas relações de medicamentos e se o paciente não tem condições de aguardar o término dos 270 dias de que dispõe o CONITEC para a elaboração de seu parecer final relativo à incorporação ou alteração de novos medicamentos ao SUS ou para a constituição ou alteração de protocolo clínico, a que se refere o art. 19-Q da Lei nº 8.080/90?

Esse questionamento expõe a parte frágil do meio eleito, que não repousa no procedimento em si mesmo, mas no demasiadamente extenso lapso de tempo concedido para a sua conclusão, dando margem à intervenção do judiciário com o objetivo de abreviá-lo.

Tanto o procedimento em si mesmo não é excessivo, inadequado ou desnecessário, que se tem recomendado e os magistrados se têm valido de procedimentos prévios à concessão de liminares nesses contextos factuais, como forma de se valerem de informações técnicas suficientes e, senão idênticas, equiparáveis àquelas inerentes ao protocolo legalmente previsto.

Cite-se a título exemplificativo algumas conclusões alcançadas pela Oficina de Trabalho "O controle judicial da dis-

cricionariedade administrativa técnica" do I Workshop do Comitê do Rio de Janeiro do Fórum Nacional de Saúde do CNJ, realizado em 30.06.2011, abaixo transcritas:

> - É recomendável que a prescrição médica venha acompanhada de laudo com as principais informações sobre o paciente e sua patologia, assim consideradas: a doença; o medicamento prescrito; a dosagem; a duração de tempo de administração do medicamento; a indicação do princípio ativo; a indicação do genérico, se houver; o tratamento anterior; os exames realizados e a indicação do encaminhamento do paciente a um dos Programas de Saúde existentes.
>
> "- recomenda-se a realização de Audiência Especial para ouvir o médico prescritor quando houver dúvida sobre a prescrição e sua pertinência.
>
> "- Devem-se buscar informações técnicas acerca da segurança do medicamento para o paciente.
>
> "- Na ausência do Nat, é recomendável a busca de informações técnicas através de mecanismos intersetoriais, tais como, os Institutos Especializados: Conselhos Profissionais de Classe, etc.

Portanto, a ilegitimidade do meio eleito pelo art. 19-M, I, da Lei nº 8.080/90 não repousa definitivamente na exigência de um procedimento em si mesmo para fins de execução de uma política pública, mas no excessivo lapso temporal

concedido por lei para a sua conclusão, quando comparado à urgência que permeia as tutelas de saúde e a velocidade com que novas tecnologias medicamentosas vão se consolidando de forma eficiente a exigir que o Poder Público acompanhe de perto o seu ritmo, exigência essa passível de ser implementada, haja vista a utilização de espaços de tempo bem inferiores pelo judiciário para tal aferição sem prejuízo da correta análise técnica da segurança e efetividade dos medicamentos, cuja dispensação se autoriza liminarmente.

Nesse aspecto temporal é que tal meio se afigura como inadequado, insuficiente ou excessivo e, em última análise, como ilegítimo do ponto de vista normativo, quando comparado à finalidade perquirida e aos riscos que a demora encerra.

4.3. Legitimação quanto aos resultados: dimensão econômica

A última dimensão da política pública a ser abordada, como visto anteriormente, encontra-se inexoravelmente associada à avaliação das políticas públicas sob o ponto de vista de sua efetividade social e da otimização dos recursos empregados, retroalimentando, a partir dos dados obtidos, novas decisões políticas que venham a aperfeiçoar a

política pública avaliada ou alterar os seus rumos.

Retornando aos protocolos anteriormente tratados, constata-se que, além de se afigurarem como forma segura de se estender procedimentos e medicamentos aos usuários do SUS, ainda permitem a aferição do custo-efetividade e de outros elementos avaliativos que possam conduzir à adoção de outras medidas que assegurem com mais eficiência o direito à saúde.

Neste sentido, temos o teor do art. 19-O, segundo o qual:

> Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.
>
> Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e **custo-efetividade** para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo. " (grifos nossos)

Essa possibilidade de avaliação da política pública quanto aos resultados obtidos mais uma vez sobreleva a importante par-

ticipação do procedimento para fins de legitimação da política pública em análise, restringindo-se a crítica que se pode fazer ao lapso temporal concedido para a sua conclusão.

Em outro pórtico, a avaliação do "custo-efetividade" salienta não se inserir a vida dentro do mínimo existencial, mas o direito à saúde como forma de viabilizá-la, observadas as limitações estatais, mesmo porque o direito à saúde não se perfectibiliza apenas e tão-somente a partir da dispensação de medicamentos, passando também por outras searas igualmente importantes e a exigir por igual disponibilidade financeira para a sua consecução (v. arts. 3º e 6º, da Lei nº 8.080/90).

Com efeito, a reserva do possível afigura-se como algo palpável e que também deve ser levado em consideração pelo Poder Judiciário quando das decisões que digam respeito ao direito à saúde, de modo a se afastar a procedência de pleitos que impliquem a assunção de custos excessivamente altos para indivíduos, caso reste evidente a impossibilidade de sua extensão a todos os usuários do sistema ou mesmo o baixo grau de efetividade que a adoção de tal medida surtirá no caso prático quando comparado ao custo do tratamento ou medicamento necessário a tanto.[23]

23 Em decisão monocrática, o então magistrado da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal, revogou liminar anteriormente deferida após oitiva de técnicos em audiência de justificação, que atestaram que o medicamente de alto custo pleiteado não serviria para a cura da paciente, mas apenas para o prolon-

Outro corte passível de ser feito pelo judiciário diz respeito

gamento de sua vida, além de ainda não ter sido aprovado pela ANVISA, não se enquadrando na relação custo-efetividade exigida por lei. Saliente-se que, por ocasião da sentença, o magistrado reformou seu entendimento, em razão de agravo de instrumento que reformou sua decisão liminar, fazendo, contudo, suas ressalvas pessoais: "**DECISÃO** Vistos etc... Tratam os autos de ação de procedimento ordinário com pedido de antecipação de tutela (...), alegando ser portadora da doença denominada hemoglobinúria paroxística noturna (HPN - CID 10 D 59.5), forma clássica, tipo II, buscando o fornecimento do medicamento denominado SOLIRIS (Eculizumabe), na quantidade prescrita pelo médico que lhe assiste. O pedido foi deferido em antecipação dos efeitos da (páginas 69/76). (…) Foi deferido e efetivado o bloqueio da quantia de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), suficientes para pouco mais de três meses. O juiz realizou audiência de justificativa para ouvir o médico que acompanha a requerente, bem como, a médica e farmacêutica do Estado do RN, conforme termo digitalizado e mídia gravada. **É o relatório. Decido.** Neste momento, a situação emergencial que exige provimento judicial diz com a apreciação do pedido da parte autora de efetivação da tutela (o que ser daria com o levantamento da quantia para aquisição do medicamento, (posto que o Estado já declarou que não tem como importar tal medicamento) ou do pedido do Estado de revogação das tutelas antes deferidas. A oitiva do médico hematologista que acompanha a autora e que prescreveu o uso contínuo do "SOLIRIS" para esta, conforme consta na mídia gravada anexa, apontou a existência das seguintes circunstâncias relevantes para a presente decisão: 1°) em sua opinião técnica, o SOLIRIS é a melhor terapêutica disponível no mercado para o tratamento da autora e os tratamentos ortodoxos para a patologia da autora, importam em uso de corticóides e outros medicamentos que aumentam o risco de recidiva de quadros de trombose e/ou embolia; 2°) que o tratamento com SOLIRIS não tem natureza curativa, mas sim, presta à minorar ou evitar a apresentação das sequelas mais gravosas da patologia da autora; 3°) que, de acordo com a dosagem indicada para a autora, o SOLIRIS custará para o Estado entre R$ 900.000,00 e R$ 1.000.000,00 (hum milhão) por ano; 4º) que a expectativa de vida da paciente é de 10 a 15 anos – o que significa que o custo da presente decisão poderá chegar a R$ 15.000.000,00 (quinze milhões); 5°) que o SOLIRIS não tem registro na ANVISA; 6°) que o SOLIRIS não consta dos listas de medicamentos do SUS – nem entre as de alto custo; 7°) que o SOLIRIS se encontra na chamada fase 3 da concepção dos fármacos – explicou que a fase 1 corresponde a fase de formulação da molécula da droga; que a fase 2 corresponde a fase de testes laboratorias em cobaias ou humanos voluntários; que a fase 3 é uma fase de acompanhamento do medicamento em teste clínico mais amplo, já podendo ser comercializado; que a fase 4 é a fase de acompanhamento a longo prazo para fins de verificação de eventuais efeitos colaterais de apresentação não imediata; 8°) que os dois estudos científicos mais amplos sobre o SOLIRIS foram patrocinados pelo laboratório que o fabrica, mas que, apesar do patrocínio, merecem confiabilidade porque preencheram os

ao que deva ser considerado mínimo existencial em maté-

requisitos necessários para ser aprovados e divulgados em revistas científicas de renome. De outra parte, as técnicas apresentadas pelo Estado, em síntese, apontaram: 1°) que o SOLIRIS não teria uma eficácia comprovada, até por se encontrar em fase de teste clínico; 2°) que o repasse mensal do SUS para os procedimentos e medicamentos de alto custo para o Estado do RN era da ordem de pouco mais de R$ 3.000.000,00 (três milhões), ressaltando que o SOLIRIS e seu custo extravagante geraria um impacto de tal monta que importaria em ofensa ao princípio da universalidade; 3°) que o Estado não conseguiria importar tal droga, enquanto esta não fosse aprovada pela ANVISA, até porque a natureza bioquímica da mesma cai em restrição expressa de normas regulamentares para fins de importação; Este é o quadro fático. Passemos a análise do direito. Segundo a Constituição da República, o direito à saúde efetiva-se (I) pela implantação de políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doenças e (II) pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, assegurada prioridade para as atividades preventivas. O direito social à saúde, a exemplo de todos os direitos (de liberdade ou não), não é absoluto, estando o seu conteúdo vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e não apenas do indivíduo isoladamente. Trata-se de direito limitado à regulamentação legal e administrativa diante da escassez de recursos, cuja alocação exige escolhas trágicas pela impossibilidade de atendimento integral a todos, ao mesmo tempo, no mais elevado standard permitido pela ciência e tecnologia médicas. Cabe à lei e à direção do SUS definir seu conteúdo em obediência aos princípios constitucionais . No âmbito do SUS, a assistência farmacêutica compreende os medicamentos essenciais (RENAME) e os medicamentos excepcionais constantes das listas elaboradas pelo Ministério da Saúde. Em princípio, parece-me que não tem a pessoa direito de exigir do Poder Público medicamento que não consta do rol das listas elaboradas pelo SUS, balizadas pelas necessidades e disponibilidades orçamentárias – tanto mais, quando o medicamento se encontra em fase de teste e ainda não obteve sequer registro na ANVISA. O Supremo Tribunal Federal, recentemente, traçou diretrizes que devem ser ponderadas na solução de conflitos , que podem ser assim resumidas: I. É de natureza solidária a responsabilidade dos entes da Federação no serviço público de saúde; II. Em princípio, o conteúdo do serviço público de saúde restringe-se às políticas adotadas pelo SUS. Por isso, "deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sem que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente". III. Sujeitam-se ao controle judicial as políticas públicas eleitas pelo SUS pela não inclusão de fármacos e procedimentos. Todavia, tal demanda exige ampla instrução probatória, "o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar", "para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a

ria de saúde, restringindo-se tais casos àquelas pessoas que

dimensão objetiva do direito à saúde". Não basta, assim, afirmar o direito à saúde para obrigar o SUS a fornecer fármaco ou a realizar procedimento não incluído no sistema. É indispensável a realização de ampla prova para demonstrar a existência da situação singular ("razões específicas do seu organismo") da ineficácia ou impropriedade do tratamento previsto no SUS. IV. A Administração Pública não é obrigada a fornecer fármaco sem registro na ANVISA, já que sua inclusão no Sistema Único de Saúde depende prévio registro. Ressalte-se que alguma corajosa (e rara) jurisprudência tem tido a coragem de reconhecer que o interesse da coletividade deve se sobrepor ao interesse do indivíduo e, por mais difícil que seja tal decisão, sob o ponto de vista humanitário, denega a tutela perseguida. In verbis: Ementa: SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MEDICAMENTO. LISTAS PÚBLICAS. 1. O direito social à saúde, a exemplo de todos os direitos (de liberdade ou não) não é absoluto, estando o seu conteúdo vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e não apenas do indivíduo isoladamente. Trata-se de direito limitado à regulamentação legal e administrativa diante da escassez de recursos, cuja alocação exige escolhas trágicas pela impossibilidade de atendimento integral a todos, ao mesmo tempo, no mais elevado standard permitido pela ciência e tecnologia médicas. Cabe à lei e à direção do SUS definir seu conteúdo em obediência aos princípios constitucionais. 2. A assistência farmacêutica por meio do SUS compreende os medicamentos essenciais (RENAME) e os medicamentos excepcionais constantes das listas elaboradas pelo Ministério da Saúde. Em princípio, não tem a pessoa direito de exigir do Poder Público medicamento que não consta do rol das listas elaboradas pelo SUS, balizadas pelas necessidades e disponibilidades orçamentárias. **3. As políticas públicas do SUS sujeitam-se ao controle judicial. Mas, não basta a mera afirmação da necessidade do uso do medicamento ou da realização do procedimento para obrigar o Poder Público a custear o tratamento não incluído no SUS. A ineficácia ou a inadequação dos fármacos e procedimentos disponibilizados no SUS exige a ampla produção de provas. Precedente do STF.** Hipótese em que a perícia não prova a inexistência ou inadequação dos fármacos fornecidos pelo SUS e confirma o caráter experimental do fármaco. Recurso provido. Reexame necessário prejudicado. Voto vencido. (Apelação Cível Nº 70036614030, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 25/11/2010) **Pelo acima exposto, considerando que a antecipação de tutela pode ser revista a qualquer tempo, tanto mais, diante dos elementos técnicos apresentados na audiência de justificação, asseverando que se trata de medicamento em fase de teste clínico (aberto), sem registro na ANVISA e, por óbvio, não constante das lista de medicamentos do SUS; levando em conta ainda que o custo do SOLIRIS traz manifesto risco de desequilíbrio financeiro ao orçamento da saúde do Estado, posto que, para um único paciente, consumiria o equivalente a 1/36 (um trinta e seis avos) do repasse anual do SUS para medicamentos e procedimentos de alto custo, entendo que**

notadamente não disponham de recursos para custear os referidos medicamentos ou tratamentos[24], bem assim de casos outros que não digam respeito diretamente ao direto

não há verossimilhança para entender que a pretensão autoral encontra respaldo no dever de assistência à saúde nos termos previstos no art. 196 da Constituição e, deste modo, a par das informações técnicas apontadas, REVOGO A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INICIAL, BEM COMO, TODAS AS DECISÕES POSTERIORES RELATIVAS AO DESCUMPRIMENTO DA PRIMEIRA. Publique-se. Intime-se. Expeça-se mandado de transferência dos valores bloqueados de volta para a conta única do Estado do RN. Em continuação ao procedimento, intime-se autor para réplica no prazo de 10 dias, seguindo-se vista ao Ministério Público. Natal, 25 de fevereiro de 2011. Airton Pinheiro Juiz de Direito"**.** Vide, agora, trecho da sentença de mérito em que, apesar de julgar procedente o pedido, o magistrado registra seu ponto de vista pessoal: "**SENTENÇA**: (…) Em que pese minhas reservas veementes quanto a este alcance ilimitado do dever do Estado de prestar assistência à saúde, em especial, no caso de um medicamento não curativo, com eficácia pautada em estudos sem amplitude de casos, e que custa cerca de HUM MILHÃO DE REAIS POR ANO/POR PACIENTE AOS COFRES DO ESTADO, o certo é que a jurisprudência pátria está reconhecendo a obrigação da União e dos Estados custearem este medicamento de preço extorsivo (REPITO: HUM MILHÃO DE REAIS POR ANO POR PACIENTE) - FICA AQUI UM ALERTA QUANTO À CONCESSÃO DE GARANTIAS E ASSISTÊNCIA SOCIAL ILIMITADA: OS COFRES PÚBLICOS TEM LIMITE, QUE O DIGAM A GRÉCIA, A ESPANHA, PORTUGAL E A ITÁLIA!!! No entanto, constato que minha preocupação e entendimento originalmente declarado nestes autos foram reiteradamente superados, agravo a agravo, pelo que, capitulo! (…)" - Processo nº **0023694-17.2010.8.20.0001, 5ª Vara da Fazenda Pública – Natal, publicada em 19.02.2013.**

24 Afinal de contas, "de acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade" – SARLET, Ingo Wolfgang (2009). **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., p. 210. Ou seja, o princípio da universalidade não necessariamente implica dizer que todos ou qualquer um possa ter acesso ao sistema gratuito de saúde, podendo o judiciário, em nome do princípio da igualdade, indeferir pedidos feitos por aqueles com condições de custear o medicamento ou tratamento pleiteado e restringindo a gratuidade àqueles que, de fato, necessitem, recompondo a igualdade dos pontos de partida.

à vida.[25] Afinal de contas, não se pode jamais olvidar que a falta de disposição acerca da cobertura de determinado medicamento ou procedimento seja decorrente de sua não eleição como prioridade, atribuição inerente à formulação de uma política pública e absolutamente compatível com a relação equilibrada entre recursos escassos e necessidades sociais ilimitadas.

Conclui-se esse tópico afirmando-se, na esteira de Virgílio Afonso da Silva, que "tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes".[26]

E arremata-se com as afirmações de Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis de que "a garantia genérica do direito à

25 "I) Ação de obrigação de fazer. Fornecimento de aparelho auditivo. Sentença de improcedência. – II) A universalização da saúde é objetivo da República (arts. 196 e 200, CF), constituindo um direito de todos e dever do Estado, a quem a Constituição encarrega de prover os meios suficientes para garanti-lo aos necessitados. – III) Entretanto, a utilização de prótese auditiva não se constitui em tratamento de doença ou é essencial para a sobrevivência da autora, visando apenas ampliar a sua capacidade de audição. – IV) O Poder Público, ao negar ao cidadão o fornecimento de aparelho de surdez a ele recomendado, não viola o direito à vida ou à saúde, nem comete qualquer ilegalidade, porque não está obrigado a tanto. – V) Sentença mantida. Recurso desprovido" (Apelação Cível nº 0152819-07.2006.8.19.0001. Órgão julgador: quarta câmara cível. Relator: Desembargador Paulo Maurício Pereira, data do julgamento: 01 dez. 2009) - http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00036B11558D29EACFDBAFEA70AEA1BE0BD5D6C402313B3C.

26 SILVA, Virgílio Afonso da (2010). **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª Ed.,** São Paulo: Malheiros, p. 205.

saúde não significa a obrigação estatal de oferecer tudo aquilo que deseja o interessado ou recomendam seus médicos. Tendo estabelecido a área de proteção do direito de maneira rigorosa, cabe ao Estado realizar a prestação, sendo as alegações de 'impossibilidade' irrelevantes".[27]

Isso bem demonstra as dificuldades que encerram a participação do judiciário na concessão de medidas que assegurem a dispensação de medicamentos ou de tratamentos não incorporados ao SUS pelo Estado, que ora podem estar inseridas em área de proteção definida mas não explicitada, ora podem se afigurar como a inovação indevida da política pública definida, sem que disponha de competência legislativa ou legitimidade para tanto.

5. Conclusões

A política pública de universalização de acesso à saúde concebida na Lei nº 8.080/90, especificamente as alterações promovidas pela Lei nº 12.401/2011 em seu art. 19-M, I, vem demonstrando na prática ilegitimidade nas dimensões normativa e econômica.

27 DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo (2009). **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 95.

A primeira, em razão do demasiadamente extenso lapso temporal que a legislação confere às possibilidades de incorporação ou alteração de protocolos ou novos medicamentos, apontando para a inadequação entre meios e fins.

Tal ilegitimidade abre espaço para a atuação do judiciário, que consegue abreviar esse espaço de tempo, embora lance mão de procedimentos que assegurem o mínimo de informações técnicas a respeito, apontando para uma necessidade de rearranjo da política pública neste específico mister.

Entretanto, principalmente nos casos de pedidos relativos à dispensação de medicamentos não contemplados nas relações do SUS ou de custeio de procedimentos cujos protocolos não tenham sido incorporados ainda, algumas distorções podem ser observadas como decorrentes de tais decisões judiciais.

A primeira advém da vinculação do direito à vida ao mínimo existencial, a conduzir o julgador a conceder a tutela para o custeio de todo e qualquer medicamento ou procedimento não contemplado pelo SUS, caso haja risco de morte, independentemente da análise de seu custo-efetividade e mediante a desconsideração do fato de tal procedimento ou medicamento não ter sido incorporado ou não constar das relações respectivas por não se enquadrar nas prioridades

eleitas pelo legislador ou responsável pela execução da referida política pública.

A segunda advém do desconhecimento do impacto orçamentário que determinadas decisões têm, em especial considerando-se a possibilidade de sua justa extensão aos demais cidadãos.

Tais distorções proporcionadas pelo judiciário implicam na ilegitimidade econômica de tal política pública, pois importam no reconhecimento de que os recursos empregados não vem sendo utilizados de forma otimizada para a garantia da universalização de acesso ao direito à saúde, seja pela falta de custeio de tratamentos e procedimentos que nela deveriam estar incluídos, quer pela destinação de verbas previstas para a satisfação de prioridades para tratamentos e procedimentos tidos como não prioritários, causando desequilíbrios na execução da política pública que pressupõe toda uma participação democrática para tal mister.

Enquanto decorrência do lapso temporal excessivo, a ilegitimidade econômica também pode ser corrigida por meio de formas mais céleres de avaliação das medidas adotadas para a implementação da política pública sanitária.

Acelerando-se essa retroalimentação, acelera-se também uma melhor e constante adequação da política pública aos

anseios da população, reequilibrando-se com a velocidade necessária os pontos de partida desequilibrados pelo desempenho deficiente dos mecanismos inerentes ao funcionamento normal dos subsistemas sociais.

Finalizamos por lembrar que toda política pública implica escolhas, das quais a exclusão faz parte inexorável, sendo apenas necessário que essa exclusão encontre amparo legitimante nas dimensões política, normativa e fática da política pública que se deseja analisar.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. da 5ª Ed., alemã por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUCCI, Maria Paulo Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação.** 4ª Ed., rev. E ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições (uma figura "sui generis").** São Paulo: Dialética, 2000.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de La sociedad.** Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana/Colección Teoria Social, 2002.

MULLER, Pierre. **Que sais-je? Les politiques publiques.** 7. Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto (1994). **Entre Subintegração e Sobreintegração: a cidadania inexistente**. *Dados – Revista de Ciências Sociais,* Rio de Janeiro, IUPERJ, v. 37, n. 2.

PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunos, Tribunais e Policies: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas.** Tese apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em maio/2010, para obtenção do título de doutora em Direito Tributário.

RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

REIS, Fábio Wanderley. **Mercado e Utopia: teoria política e sociedade brasileira.** São Paulo: EDUSP, 2000.

CAPÍTULO 7

ROYALTIES DE PETRÓLEO: CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO E MECANISMOS DE APLICAÇÃO

VICTOR RAFAEL FERNANDES ALVES

1. Introdução

O petróleo é bem de relevo para a sociedade moderna, dado seu alto poder energético e maleabilidade, encontra-se presente em diversos produtos e processos produtivos, sendo insumo básico da economia e, inclusive, parâmetro utilizado para aferir o nível de desenvolvimento econômico. Por sua importância global, econômica e geopolítica, e sua crescente demanda, novos esforços exploratórios são expendidos em busca de novas jazidas petrolíferas.

No caso do Brasil, o setor petrolífero já vinha em expansão perto do fim do século XX, com crescimento pujante do setor, incremento na produção, atingindo-se inclusive uma aparente autossuficiência[1].

1 *Conforme o anuário estatístico da ANP, Enquanto a produção de petróleo atingiu 373 mil m3/dia, o consumo aparente foi de 400 mil m3/dia, gerando uma pequena dependência externa, peculiarmente com uma importação maior de derivados de petróleo.*

Por conseguinte, a arrecadação das participações governamentais do setor petrolífero cresceram *pari passu* - em um cenário internacional que favoreceu o preço do barril petrolífero, frise-se. A título de exemplo, de 2005 a 2014, o valor amealhado em *royalties* de petróleo atingiu a casa dos R$ 113,74 bilhões; apenas no ano de 2014 foram auferidos R$ 18,53 bilhões em *royalties*[2]. Além da crescente produção, outros fatores como a flexibilização do monopólio de produção e exploração, além da indexação em dólares do valor do barril de petróleo e das mudanças nas alíquotas de *royalties*[3] tiveram óbvia influência nos crescimento das receitas, porém, não infirmam a premissa inicial de sua finitude.

Diante disso, é conveniente atentar que o lapso de tempo em que se explora um campo petrolífero depende de algumas variáveis – desde o tamanho e profundidade da jazida, passando pelo ritmo de exploração ou técnica utilizada. No entanto, mesmo com as melhores técnicas extrativas de óleo existente no subsolo, é patente que a velocidade de explora-

2 *Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Anuário estatístico brasileiro do petróleo, gás natural e biocombustíveis - 2015. Rio de Janeiro: ANP, 2015.*

3 *Tenha-se em conta o fato de que o regime de concessão adveio da flexibilização do monopólio do setor que perdurou de 1953 até 1995. Em 1998 surgiu a Lei n 9.478/98, instituindo o modelo de concessão. Em que pese tão recente, já em 2010, em virtude das jazidas do pré-sal, outro modelo entrou em vigor, denominado modelo de partilha.*

ção será superior a taxa de renovação de tal recurso[4] e, logo, em um dado momento temporal, o recurso se esgotará.

Portanto, o presente trabalho buscou, além de um esboço do regramento jurídico acerca da aplicação dos royalties de petróleo, elaborar, a partir de uma perspectiva peculiar de sua natureza, uma apreciação dos critérios normativos aplicação de tais receitas pela União, a fim de averiguar se a utilização dessas benesses financeiras redunda em investimentos produtivos e devidamente alinhados às diretrizes da sustentabilidade.

2. Marcos regulatórios dos *royalties* de petróleo

Dentre os diversos sistemas jurídicos de propriedade dos minerais presentes no subsolo, em determinado momento histórico, era comum que o rei fosse o detentor de tais minérios. Desse modo, o particular que explorava tais riquezas deveria dar uma contraprestação ao Rei. Daí o vocábulo *royalty*, advindo do inglês Royal, significando algo relativo à realeza ou ao rei.

4 *Fato que certamente ocorre em uma jazida petrolífera, diante do largo tempo geológico necessário para que a matéria orgânica sofra as transformações físico-químicas necessárias para produzir os hidrocarbonetos que se denominam de petróleo.*

Gustavo Loureiro aponta que esta regalia da nobreza, não seria um direito a auferir uma parcela da exploração, mas – bem mais que isso – seria a ratificação do domínio real sobre o bem mineral, já que o "Rei 'larga' (deixa de receber) uma parte da riqueza em favor daquele que a explora e, sendo o proprietário, fica com o que convencionar – uma participação no resultado"[5].

Aparentemente, a primeira menção na literatura do vocábulo foi efetuada pelo economista David Ricardo, em 1817. O economista inglês referia-se a utilização da água de lençóis freáticos, salientando que, ante a impossibilidade de delimitá-los, sua propriedade deveria ser do Estado, por conseguinte do rei. Desse modo, aquele que extrai água do subsolo, deveria pagar um valor, denominado *royalty*, ao Rei.

Hoje em dia, juridicamente, além da seara petrolífera, no caso no setor de exploração de minérios e de recursos hídricos, os *royalties* são comumente atrelados às questões concernentes à propriedade intelectual ou ao sistema de franquias. No primeiro caso, aquele que utiliza um invento ou processo patenteado por outrem, durante o lapso tempo-

5 LOUREIRO, Gustavo. Kaercher. *Participações Governamentais na Indústria do Petróleo. Evolução Normativa*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 10.

ral de vigência da patente, deve pagar ao inventor um valor denominado *royalty*. Na segunda hipótese, na relação jurídica entre o franqueador e o franqueado, este último paga um valor denominado *royalties* pela exploração da marca do franqueador.

Assim, *royalties* seriam o "preço que é pago ao proprietário de um bem tangível ou intangível, extraído, inserido ou consumido por meio do processo produtivo"[6]. No caso dos recursos naturais, quem os explora paga ao Estado um valor, por explorar direito de outrem; quanto ao direito autoral ou de patentes, os bens imateriais que são incorporados ao processo produtivo – ou, explorados – redundam no pagamento ao titular de tal direito intangível.

No setor de petróleo e gás os *royalties* garantirão uma receita mínima do Estado em função da exploração da jazida, pois, diferentemente das espécies tributárias , incidem sobre a produção do petróleo e não sobre os lucros, de modo que, independente do retorno econômico para empreendedor (pois não há, via de regra, dedução dos custos) e tão-somente pela ocorrência de produção petrolífera o Estado será remunerado, ao menos minima-

6 SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários.* São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014, p. 89.

mente, por intermédio dos *royalties*[7].

Após décadas de regime de monopolista no setor petrolífero brasileiro, a busca por maiores investimentos conduziu a criação de um novo modelo regulatório: o regime de concessão. Nesse caso, o concessionário assume os riscos da atividade, mas torna-se o proprietário do óleo extraído, remunerando o Estado através das participações governamentais. O Estado mitiga sua participação direta no setor, contudo fiscaliza e regula de perto a atividade através de sua agência reguladora.

Para implementação de tal modelo, necessário se fez alterar o texto da Constituição de 1988, o qual consagrava o monopólio da União em diversas etapas da cadeia produtiva do setor petrolífero. Por força da Emenda Constitucional nº 9/95 foi realizada uma flexibilização do monopólio, alterando os arts. 176 e 177[8], permitindo que a União contratasse com

7 Em sentido amplo, considerando tal conceito, as participações especiais também seriam uma "espécie do gênero" royalties. Nessa esteira: "As *participações especiais* se caracterizam como uma espécie de royalty extraordinário, pois se trata de uma receita patrimonial sobre a exploração de recursos naturais não renováveis" (SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários.* São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014, p. 219).

8 *Art. 177. Constituem monopólio da União:*
I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados

empresas privadas e estatais as atividades de pesquisa, lavra, refino, importação, exportação e transporte de derivados de petróleo[9].

Nesta perspectiva, para gerir o setor de petróleo e gás, criou-se uma agência reguladora por meio da Lei Federal nº 9.478/98, à época denominada apenas de Agência Nacional do Petróleo[10], uma autarquia sob regime especial[11] com o

básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; § 1 A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.(Redação dada pela Emenda Constitucional n 9, de 1995)

9 De fato, "A peculiaridade é a de constituírem 'propriedade distinta da do solo para fins de exploração e aproveitamento'. A figura desta 'distinção' da propriedade adotada pelo legislados constituinte baseia-se no fato de tratar como diferentes o 'bem econômico' constituído pelo 'solo', para efeito de exploração agropecuária, e o bem econômico 'recursos mineral', que embora integrando o solo tomado como parte da crosta terrestre, não deve se confundir com a sua superfície, tanto pela sua composição quanto pela sua exploração. Dessa forma, adotado o 'princípio da separação', se o solo pertence ao particular, o recurso mineral, ao contrário, pertence a União segundo o próprio texto constitucional" (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômic*o. 4 ed. São Paulo : LTR, 1999, p. 452).

10 *Hoje Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, com as alterações efetuadas pela Lei n 11.097/2005.*

11 *"Agência reguladora, em sentido amplo, seria (...) qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular matéria específica que lhe está afeta (...) Elas estão sendo criadas como autarquias de regime especial. Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes (..) ao caráter final das suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos*

objetivo de regular a indústria do petróleo, consoante prevê o art. 7º da mencionada lei[12].

Acerca da contraprestação em virtude da exploração petrolífera, a Lei Federal nº 9.478/98 instituiu quatro modalidades de participações governamentais, a saber: o bônus de assinatura, os *royalties*, o pagamento pela ocupação ou retenção de área e a participação especial.

O bônus de assinatura é um valor pago pelo concessionário quando da assinatura do contrato. Trata-se de montante que tem seu mínimo definido no edital e é utilizado como um dos parâmetros para definir o vencedor do certame licitatório[13].

A participação especial é devida em função da grande rentabilidade ou grande produtividade de uma jazida petrolífera[14].

---

ou entidades da Administração Pública" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Adminsitrativo. 24 ed. São Paulo : Atlas, 2011, p. 478-481).

12 *Art. 7° Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo - ANP, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia. (Redação Original da Lei n 9.478/98).*

13 *Art. 46. O bônus de assinatura terá seu valor mínimo estabelecido no edital e corresponderá ao pagamento ofertado na proposta para obtenção da concessão, devendo ser pago no ato da assinatura do contrato.*

14 *Art 50. O edital e o contrato estabelecerão que, nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, haverá o pagamento de uma parti-*

Já o pagamento pela ocupação ou retenção de área encontra previsão expressa no art. 51 da Lei Federal nº 9.478/98, sendo pago anualmente por quilometro quadrado ou fração da área de concessão[15].

Os *royalties* de petróleo serão analisados com mais vagar nos tópicos subsequentes.

Após o modelo de concessão, eis que situações fáticas mais recentes levam o Estado Brasileiro à criação de mais um modelo regulatório, denominado de regime de partilha[16]. Tal ocorreu em 2007, por força da descoberta de uma grande província petrolífera, denominada de pré-sal. Nessa rota, diante de um quadro fático distinto do de outrora, buscou-se um modelo que trouxesse maior controle e rentabilidade para o Brasil. Esse modelo foi o de partilha de produção[17].

---

cipação especial, a ser regulamentada em decreto do Presidente da República.

15 *Art. 51. O edital e o contrato disporão sobre o pagamento pela ocupação ou retenção de área, a ser feito anualmente, fixado por quilômetro quadrado ou fração da superfície do bloco, na forma da regulamentação por decreto do Presidente da República.*

16 *Há alguma controvérsia doutrinária acerca de se tratar propriamente de um regime de partilha. Em verdade, os modelos contratuais são bastante genéricos, cabendo dentro de tal quadro, um série distinta de modelos reais de diversos países.*

17 *I - partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação*

Nesse modelo, tem-se o custo em óleo (*oil cost*) e o excedente em óleo (*profit oil*). Desta maneira, aquele que contrata com o Estado, assume todo o risco da atividade e, em havendo descoberta comercialmente viável, será remunerado pelo que gastou para explorar (*oil cost*) e ainda em uma parcela do excedente em óleo. O restante do *profit oil* vai para o Estado. Pontue-se que, desse montante de excedente em óleo já deve ter sido abatido anteriormente o valor referente aos *royalties*[18].

Nesse novo regime de partilha, são apenas duas modalidades de participações governamentais[19]: os *royalties* e o bônus de assinatura. Na modalidade da Cessão Onerosa também são devidos os *royalties* pela exploração petrolífera.

---

do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato;

18 *III - excedente em óleo: parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos a ser repartida entre a União e o contratado, segundo critérios definidos em contrato, resultante da diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao custo em óleo, aos royalties devidos e, quando exigível, à participação de que trata o art. 43;*

19 *Art. 42. O regime de partilha de produção terá as seguintes receitas governamentais:*
I - royalties; e
II - bônus de assinatura.
§ 1o Os royalties correspondem à compensação financeira pela exploração de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o § 1o do art. 20 da Constituição Federal, vedada sua inclusão no cálculo do custo em óleo.

De tais considerações, em linhas bem gerais, esta é a evolução do marco regulatório petrolífero no Brasil. De tal modo, tem-se em vigor um regime múltiplo, a saber, de concessão, genérico, e de partilha, para áreas estratégicas específicas. Em ambos, encontra-se a incidência e arrecadação dos *royalties* que serão objeto de análise mais acurada, em especial de sua intrincada legislação, a seguir.

3. Regulação da distribuição dos *Royalties* de petróleo no regime jurídico brasileiro

Como já visto, com a flexibilização do monopólio de exploração e produção por força da Emenda Constitucional nº 9/95, foi editada uma nova lei regulando o setor e o novo regime de concessão, qual seja, a Lei Federal nº 9.478/98. Nessa lei, os *royalties* foram estipulados no importe de no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 10% (dez por cento) da produção de petróleo ou gás natural. Desse montante, fixado em regra em seu máximo, os 5% (cinco por cento) deveriam ser distribuídos consoante os critérios da anterior Lei Federal nº 7.990/89. Os 5% porventura restantes, devem ser distribuídos em consonância com o art. 49, da Lei Federal nº 9.478/97[20].

20 *Art. 49. A parcela do valor do royalty que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição:*

O percentual é variável de 5% a 10%, por expressa previsão legal[21], permitindo que, em função dos riscos geológicos, as expectativas de produção, bem como uma série de outros fatores pertinentes, a ANP minore a alíquota dos *royalties* de

I - quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres:
a) cinqüenta e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados onde ocorrer a produção;
b) quinze por cento aos Municípios onde ocorrer a produção;
c) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP;
d) vinte e cinco por cento ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo; (Redação original da Lei n 9.478/97)
II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental:
a) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados produtores confrontantes;
b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios produtores confrontantes;
c) quinze por cento ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das áreas de produção; (Vide Decreto n 7.403, de 2010)
d) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP;
e) sete inteiros e cinco décimos por cento para constituição de um Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios;
f) vinte e cinco por cento ao Ministério da Ciência e Tecnologia, para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo.
§ 1° Do total de recursos destinados ao Ministério da Ciência e Tecnologia, serão aplicados no mínimo quarenta por cento em programas de fomento à capacitação e ao desenvolvimento científico e tecnológico nas regiões Norte e Nordeste. (Redação original da Lei n 9.478/97)

21 *Art. 47, §1. § 1 Tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor dos royalties estabelecido no caput deste artigo para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção.*

petróleo até um mínimo de 5%[22]. A Lei Federal nº 9.478/98 aponta ainda que um decreto (no caso o foi editado o Decreto nº 2.705/98, que será esmiuçado mais adiante) regulará a forma de cálculo do valor dos *royalties* em função de critérios específicos[23].

Quanto à destinação dos *royalties*, ao se compulsar a redação originária do art. 49, verificar-se-á que as receitas dos *royalties* não apresentam destinação específica, salvo os recursos destinados ao Ministério da Marinha, os quais devem ser utilizados para fiscalizar e proteger as áreas de produção em plataforma continental; e os recursos direcionados ao Ministério de Ciência e Tecnologia, que, na redação original da Lei Federal nº 9.478/97, devem ser utilizados em programas de pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico na indústria petrolífera.

Deve-se pontuar a recente alteração legislativa realizada pela Lei Federal nº 11.921/09, com o nítido intento de en-

22 *Em verdade, tendo em conta os contratos em vigor, o valor médio da alíquota dos royalties gira em torno de 9,8%, de modo que essa variação é pouco utilizada. Contudo, vem sendo incentivada a minoração da alíquota em especial para novas fronteiras exploratórias e para locais de acumulação marginal ou campos com baixa produtividade, visando incentivar os investimentos em tais localidades.*

23 *Art. 47, § 2 Os critérios para o cálculo do valor dos royalties serão estabelecidos por decreto do Presidente da República, em função dos preços de mercado do petróleo, gás natural ou condensado, das especificações do produto e da localização do campo.*

caminhar recursos para a proteção ambiental. A referida Lei aponta que os recursos direcionados para o Ministério de Ciência e Tecnologia deverão, também, ser utilizados em programas de desenvolvimento tecnológicos da "indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração", bem como para prevenir e reparar os danos ambientais gerados pela indústria do petróleo[24].

De tal modo, que fique bem vincado, a parcela das receitas **superiores** a 5%, **não apresentam qualquer** vinculação legalmente expressa e pontual para alguma finalidade delimitada de aplicação para o Estado e Municípios que recebem *royalties*.

A nova legislação (Lei Federal nº 12.351/2010) de partilha de produção, no que tange aos *royalties,* apenas alterou o art. 49 da Lei Federal nº 9.478/98, para viabilizar que as receitas das jazidas do pré-sal, exploradas sob o regime de concessão, fossem direcionadas à União, mais especificamente ao

24 *Art. 49, I, d) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias; (Redação dada pela Lei n 11.921, de 2009) (Vide Decreto n 7.403, de 2010)*

Fundo Social[25]. Veja-se que não se trata de distribuição diferenciada dos *royalties* do pré-sal, mas de inserção de uma nova regra de distribuição para os *royalties* decorrentes de jazidas do pré-sal, em blocos que já sejam especificamente explorados sob o regime de concessão; já que a regra será explorá-las pelo regime de partilha[26].

Quanto à distribuição dos *royalties* das jazidas estratégicas, incluindo o pré-sal, no âmbito do regime de partilha, prossegue em um grande embate as regras de sua distribuição.

O Projeto de Lei que culminou na Lei Federal nº 12.351/2010

25 *Lei n 12.351, Art. 49, §1. A Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:*
Art. 49, § 3o Nas áreas localizadas no pré-sal contratadas sob o regime de concessão, a parcela dos royalties que cabe à administração direta da União será destinada integralmente ao fundo de natureza contábil e financeira, criado por lei específica, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, do esporte, da saúde pública, da ciência e tecnologia, do meio ambiente e de mitigação e adaptação às mudanças climáticas, vedada sua destinação aos órgãos específicos de que trata este artigo.

26 *Como já pontuado no corpo do presente trabalho, os regimes de concessão e de partilha serão aplicados paralelamente. O regime de partilha é direcionado para as jazidas do pré-sal e para as áreas ditas estratégicas. Ocorre que, alguns blocos licitados ainda sob o regime de concessão englobavam áreas que continham jazidas do pré-sal (até porque, o pré-sal, nada mais é do que uma jazida abaixo de uma camada de sal). Assim, áreas porventura já licitadas serão regidas normalmente pelo regime de concessão, mesmo que abarquem áreas do pré-sal. De tal modo, a distribuição dos royalties será quase idêntica, SALVO os royalties direcionados à União que farão parte das receitas destinadas ao Fundo Social.*

trazia dispositivo (art. 50[27]) que regulava a temática, dispondo expressamente que, no regime de partilha, vigorariam as distribuições de *royalties* nos termos da legislação anterior (Lei Ordinária Federal nº 7.990/89 e Lei Ordinária Federal nº 9.478/97).

Entretanto, tal ditame passou por amplos debates e emendas nas casas legislativas, com grandes disputas entre os Estados Produtores e não produtores pelas receitas dos *royalties* de petróleo. Depois de múltiplas alterações, foi gestada a redação do art. 64 da referida Lei Ordinária Federal nº 12.351/2010 redistribuindo os *royalties* de petróleo; contudo, tal norma foi vetada pelo Presidente da República.

Apresentou-se então um novo projeto de lei que culminou na Lei Ordinária Federal nº 12.734/2012, a qual sofreu uma série de vetos presidenciais, levando, inclusive a edição da Medida Provisória nº 592/2012 para regular o tema. Em seguida, o Congresso Nacional derrubou os vetos apostos pela Presidência, que promulgou os vetos e conferindo vigência as alterações outrora vetadas.

Nesse confuso cenário, o Supremo Tribunal Federal tam-

27 Art. 50. Até que seja publicada legislação específica para o regime de partilha de produção, o pagamento dos royalties devidos pelo contratado sob o regime de partilha de produção observará o disposto nas Leis nos 7.990, de 28 de dezembro de 1989, e 9.478, de1997.

bém foi instado a se pronunciar, tendo a Ministra Cármem Lúcia, em sede de medida cautelar (ADI 4917)[28], suspendido os critérios da distribuição de *royalties* aprovados na Lei Ordinária Federal nº 12.734/2012.

O comentário acerca desta confusa tramitação legislativa denota a relevância do tema; Scaff bem pontua que "poucas vezes no Brasil um tema teve tantos percalços no trâmite legislativo quanto esse, certamente por envolver questões federativas fiscais, o que gera disputas de todos contra todos, e com aguerridas batalhas entre os Poderes"[29].

28 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DA LEI N. 9.478/1997 E DA LEI N. 12.351/2010 ALTERADOS PELA LEI N. 12.734/2012. MUDANÇAS DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES E PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS DE ESTADOS E MUNICÍPIOS: ALEGAÇÃO DE DESOBEDIÊNCIA AO ART. 20, § 1 COMBINADO COM A AL. B DO INC. II DO § 2 DO ART. 155 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPUGNAÇÃO RETROAÇÃO DE EFEITOS DA NOVA LEGISLAÇÃO EM INOBSERVÂNCIA A ATOS JURÍDICOS PERFEITOS E AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. PLAUBILIDADE JURÍDICA DEMONSTRADA. EXCEPCIONAL URGÊNCIA CONFIGURADA A IMPOR DEFERIMENTO CAUTELAR AD REFERENDUM DO PLENÁRIO. (...)
41. Pelo exposto, na esteira dos precedentes, em face da urgência qualificada comprovada no caso, dos riscos objetivamente demonstrados da eficácia dos dispositivos e dos seus efeitos, de difícil desfazimento, defiro a medida cautelar para suspender os efeitos dos arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2 do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.734/2012, ad referendum do Plenário deste Supremo Tribunal, até o julgamento final da presente ação.
(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4917. Ministra Relatora CÁRMEN LÚCIA, julgado em 18/03/2013).

29 SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários.* São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014, p. 275.

Definido genericamente o marco regulatório dos *royalties*, debruce-se agora sobre os critérios pontuais de distribuição de tais receitas. A distribuição dos *royalties* de petróleo é tema que envolve muitos diplomas normativos, bem como muitos conceitos técnicos. Desse modo, se faz essencial balizar alguns deste conceitos para que se quede claro as entidades que fazem jus a percepção dos *royalties* de petróleo.

De um modo genérico a distribuição dos *royalties* para o modelo de concessão e nos blocos com Cessão Onerosa, se dá de quatro formas distintas: uma referente à exploração em terra (*on-shore*) com alíquota até 5%; outra concernente a exploração em terra, mas da alíquota acima de 5%; a terceira distribuição quando a lavra é no mar (*off-shore*), referente à alíquota de até 5%; e a última quando a lavra é no mar, mas referente à alíquota acima de 5%.

A tabela a seguir facilitará a compreensão do tema. Primeiramente, a parcela dos *royalties* até 5%, a qual é regida pela Lei Federal nº 7.990/89 (mesmo após o advento da Lei Federal nº 9.478/98, pois não houve revogação e sim remissão expressa a tal lei). Em seguida, regulada pela Lei Federal nº 9.478/98, a parcela dos *royalties* acima da alíquota de 5% apresenta distribuição diferenciada. Tendo em conta tais ditames legais e considerando que a ADI 4917 suspendeu a nova distribuição, as lavras realizadas *on-shore* e *off-shore*, são assim distribuídas:

Tabela 1 – Distribuição dos Royalties de Petróleo na Legislação Federal

Parcela dos *royalties* ATÉ 5% Lei nº 7.990/89	Lavra em Terra	70% Estados Produtores
		20% Municípios Produtores
		10% Municípios com instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural.
	Lavra na Plataforma Continental	30% Estados confrontantes com poços
		30% Municípios confrontantes com poços
		20% Comando da Marinha
		10% Fundo Especial (Estados e Municípios)
		10% Municípios com Instalações de Embarque e Desembarque de petróleo e gás natural
Parcela dos *royalties* ACIMA DE 5% Lei nº 9.478/97	Lavra em Terra	52,5% Estados Produtores
		25% Ministério de Ciência e Tecnologia
		15% Municípios produtores
		7,5% Municípios afetados por instalação de embarque e desembarque de petróleo e gás natural
	Lavra na Plataforma Continental	25% Ministério de Ciência e Tecnologia
		22,5% Estados Confrontantes com poços
		22,5% Municípios Confrontantes com poços
		15% Comando da Marinha
		7,5% Fundo Especial
		7,5% Municípios afetados por instalação de embarque e desembarque de petróleo e gás natural

Fonte: Elaboração própria a partir da Legislação Federal

Fundindo-se os dois regimes legais e tendo em conta uma alíquota de 10% (a qual até 5% será regida pela Lei Federal nº 7.990/89 e acima de 5% pela Lei Federal nº 9.478/98), vê-se que a lavra *on-shore* e a lavra *off-shore* ficam com a seguinte distribuição, explicitada pela tabela a seguir.

Tabela 2 – Distribuição dos royalties em função do local da lavra

Lavra em Terra	60% Estados Produtores
	18% Municípios Produtores
	13% Ministério de Ciência e Tecnologia
	9% Municípios afetados por instalação de embarque e desembarque de petróleo e gás natural
Lavra na Plataforma Continental	26% Municípios produtores
	25% Estados Produtores
	18% Comando da Marinha
	13% Ministério de Ciência e Tecnologia
	9% Municípios afetados por instalação de embarque e desembarque de petróleo e gás natural
	9% Fundo Especial

Fonte: Elaboração própria a partir da Legislação Federal

Consoante prevê o Decreto nº 2.705/98, a apuração dos *royalties* deverá ser realizada mensalmente em cada campo produtor pelo concessionário e deverão ser pagos tais *royalties* a partir do mês em que ocorrer a data de início do momento da produção[30]. Os *royalties* incidem sobre o volume produzido, sendo vedadas deduções de quaisquer natureza[31], ou seja incidem no importe de até 10% sobre o montante bruto de petróleo produzido, em função de um preço de referência, cuja forma de cálculo vem disciplinada nos art. 7º e 8º do mencionado decreto.

Em linhas gerais, o preço é determinado mensalmente em reais por metro cúbico, tendo em conta a média ponderada dos preços de venda praticados pelo concessionário no mer-

30 *Art. 18. O valor dos royalties será apurado mensalmente por cada concessionário, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a data de início da produção do campo, e pago, em moeda nacional, até o último dia útil do mês subseqüente, cabendo ao concessionário encaminhar à ANP um demonstrativo da sua apuração, em formato padronizado pela ANP, acompanhado de documento comprobatório do pagamento, até o quinto dia útil após a data da sua efetivação.*

31 *Art. 11. Os royalties previstos no inciso II do art. 45 da Lei n 9.478, de 1997, constituem compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, e serão pagos mensalmente, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, vedada quaisquer deduções.*

cado[32] ou um preço mínimo a ser fixado pela ANP[33], no caso prevalecendo o valor maior.

Apurados tais valores, reza ainda o já referido Decreto nº 2.705/98 que, tendo em conta as informações definidas pela ANP pontuando os entes que fazem jus à percepção das receitas, o pagamento dos *royalties* é efetuado pelo concessionário à Secretaria do Tesouro Nacional (STN)[34], a qual fará o repasse aos Ministérios e ao Banco do Brasil, sendo este o responsável por direcionar os recursos para os Estados e Municípios, bem como ao Fundo de Participação.

32 *Essa informação deve ser repassada pelo concessionário até o dia quinze de cada mês da produção, demonstrando à ANP a quantidade vendida, o preço de venda e a média ponderada exigida (Decreto n 2.705/98, art. 7, §2)*

33 *Esse valor mínimo fixado pela ANP é determinado "com base no valor médio mensal de uma cesta-padrão composta de até quatro tipos de petróleo similares cotados no mercado internacional", conforme dispõe o art. 7, §5, do Decreto n 2.705/98. Tal definição da cesta-padrão tem por lastro uma série de informações prestadas pelo concessionário "com base nos resultados de análises físico-químicas do petróleo a ser produzido", devendo ele indicar "até quatro tipos de petróleo cotados no mercado internacional com características físico-químicas similares e competitividade equivalente às daquele a ser produzido", consoante §6, do referido art. 7 do Decreto n 2.705/98.*

34 *Art. 20. Os recursos provenientes dos royalties serão distribuídos pela Secretaria do Tesouro Nacional - STN, do Ministério da Fazenda, nos termos da Lei n 9.478, de 1997, e deste Decreto, com base nos cálculos dos valores devidos a cada beneficiário, fornecidos pela ANP.*

4. Regulação jurídica federal da aplicação dos *royalties* de petróleo[35]

Descendo às minudências legais acerca da aplicação dos *royalties* de petróleo deve-se ter bem vincado (e rememorado) o fato de que a alíquota dos *royalties* no regime de concessão varia de 5% a 10%; sendo a primeira parcela de até 5% regida pela Lei Federal nº 7.990/85, enquanto a parcela acima de 5% até o importe de 10% é regulada pela Lei Federal nº 9.478/98. No caso do regime de partilha, a alíquota dos *royalties* é de 15%, consoante art. 42, §1º da Lei Federal nº 12.351/2010, alterada pela Lei Federal nº 12.734/2012 – estando tal dispositivo com eficácia suspensa em face da medida cautelar deferida na ADI 4917.

A Lei Federal nº 7.990/89 conta com uma regulamentação, trata-se do Decreto nº 1/1991. Este importante, desconhecido e inaplicado preceito regulamentar cuida, "do pagamento da compensação financeira instituída pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, e dá outras providências". Em tal regulação, o art. 24 de tal Decreto nº 1/1991, repete tex-

35 Parte da análise aqui expendida foi explicitada em ALVES, V. R. F.; XAVIER, Y. M. A. . Regulatory Evolution of the distribution of oil royalties. In: Rio Oil & Gas Expo and Conference, 2012, Rio de Janeiro. Rio Oil & Gas Expo and Conference - Technical Papers, 2012.

tualmente o §3º, do art. 27 da Lei Federal nº 2.004/53 com a redação que foi dada pela Lei Federal nº 7.525/85[36], asseverando que os recursos dos *royalties* devem ser utilizados **exclusivamente em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico**.[37]

Apesar da importância dessa regra, por atentar em trazer uma destinação escorreita dos recursos dos *royalties* de petróleo, não se pode afastar de uma interpretação técnica. Nesse passo, deve ser ressaltado que há quem advogue a tese de que tal Decreto extrapolou os ditames da lei, tendo consignado vedações e distinções quando a lei não as fez. De tal modo, tratar-se-ia de um abuso do poder regulamentar. Contudo, há situações em que o Decreto particulariza tais circunstâncias legais e isto não configura abuso regulamentar.

Sendo assim, considerando inexistir ilegalidade, o Decre-

36 *Art 7 O § 3 do art. 27 da Lei n 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterado pela Lei n 7.453, de 27 de dezembro de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação: "§ 3 Ressalvados os recursos destinados ao Ministério da Marinha, os demais recursos previstos neste artigo serão aplicados pelos Estados, Territórios e Municípios, exclusivamente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico."*

37 *Art. 24. Os Estados e os Municípios deverão aplicar os recursos previstos neste Capítulo, exclusivamente em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico.*

to nº 1/1991 resiste plenamente em vigor e em constante descumprimento. As Cortes de Contas Estaduais deveriam analisar expressamente a aplicação de tal Decreto, registrando se ao menos 5% da alíquota dos *royalties* de petróleo foi destinada exclusivamente para os fins determinados no Decreto em exame, já que o referido Decreto só seria aplicável a tal parcela dos *royalties*.

Outro ponto concernente a aplicação dos *royalties* de petróleo diz respeito a conhecida vedação consignada no art. 8º da Lei Federal nº 7.990/89 de se utilizar "dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal"[38]. Esta vedação, à evidência se restringe a alíquota que vai até 5% dos *royalties* de petróleo, pois a restrição se aplica especificadamente ao "pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei [nº 7990/89]". Desse modo, em que pese alguns entendimentos de que há uma vedação a utilização das receitas dos *royalties* de petróleo para pagamentos de dívidas e de quadro permanente de pessoal, tal informação genérica não é precisa, pois, como esposado, a vedação se adstringiria, legalmente, apenas à parcela de até 5%.

38 *Art. 8 O pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do mês subseqüente ao do fato gerador, vedada aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal.*

Quanto a esta vedação legal pertinente ao pagamento de dívidas, registrada no art. 8º da Lei Federal nº 7.990/89, cumpre registrar a alteração normativa efetuada quase uma década depois, com o advento da Lei Federal nº10.195/2001[39], a qual instituiu "medidas adicionais de estímulo e apoio à reestruturação e ao ajuste fiscal dos Estados e dá outras providências".

Tal Lei nada mais fez do que manter a impossibilidade de se pagar dívidas com os recursos dos *royalties* de petróleo, exceto se a dívida fosse com a União e suas entidades (!), bem como possibilitando a utilização dos *royalties* para capitalização de fundos de previdência. Assim, o art. 8º da Lei Federal nº 10.195/2001, inseriu dois parágrafos no art. 8º da Lei Federal nº 7.990/89, criando esta exceção legal às vedações[40].

---

39 *A Lei em questão foi resultado da conversão da Medida Provisória 2.098-25/2001. À época eram corriqueiras as reedições de Medidas Provisórias indefinidamente. De tal modo, a Medida Provisória original 1.816, sequer continha referência a questão dos royalties. Apenas com a Medida Provisória 1.977-10, ou seja, desde a reedição de número 10, que ocorreu o acréscimo de texto, mais precisamente o art. 8 que tratava dos royalties.*

40 *Art. 8o O art. 8o da Lei no 7.990, de 28 de dezembro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:*
"Art. 8o .....
§ 1o Não se aplica a vedação constante do caput no pagamento de dívidas para com a União e suas entidades.
§ 2o Os recursos originários das compensações financeiras a que se refere este artigo poderão ser utilizados também para capitalização de fundos de previdência."

Mais recentemente, tal dispositivo foi novamente alterado, criando uma nova excepcionalidade em face do caput do art. 8º da Lei Federal nº 7.990/89, permitindo, por meio da Lei Ordinária Federal nº 12.858/2013[41], além do pagamento de dívidas coma União e suas entidades, o custeio de despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, inclusive com o pagamento de remuneração aos profissionais do magistério.

Sem dúvida, endereçar recursos petrolíferos para o investimento em educação é medidas das mais salutares, redundando em investimentos relevantes para o futuro de toda a coletividade. Todavia, permitir que salários e remunerações sejam pagas com tais recursos finitos é um desserviço, pois, em última análise, não há como manter o adimplemento de vantagens de servidores públicos, que são despesas correntes (e crescentes) com receitas erráticas e finitas como a dos *royalties* de petróleo.

Há ainda controvérsia quanto ao art. 9º da Lei Federal nº

41 Art. 5 O § 1 do art. 8 da Lei n 7.990, de 28 de dezembro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 8 .....
§ 1 As vedações constantes do caput não se aplicam:
I - ao pagamento de dívidas para com a União e suas entidades;
II - ao custeio de despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, especialmente na educação básica pública em tempo integral, inclusive as relativas a pagamento de salários e outras verbas de natureza remuneratória a profissionais do magistério em efetivo exercício na rede pública.

7.990/89[42], pois este dispositivo pontua a obrigação dos Estados distribuírem 25% dos *royalties* de petróleo, seja da lavra *on-shore* ou *off-shore* pertinente a parcela de até 5%. A norma aponta ainda que a distribuição deve ser efetivada nos termos do inc. IV, do art. 158 da Constituição[43].

Apesar de estar em vigor há vários anos sem que haja uma declaração de inconstitucionalidade via controle abstrato ou sua exclusão expressa do ordenamento jurídico, há entendimento jurisprudencial de Corte Estadual declarando tal norma como sem eficácia, visto que, por fazer remissão a um dispositivo legal que não seria mais aplicável[44], *in casu*, o já debatido art. 7º, da Lei Federal nº 7.990/89, teria acarretado a cessação de sua eficácia normativa. No caso concreto, a municipalidade havia ingressado em juízo visando garantir tal receita, contudo, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo negou aplicabilidade ao ditame legal em análise.

42 *Vide nota 218 para conferir o inteiro teor do dispositivo.*

43 *Vide nota 219 para conferir o inteiro teor do dispositivo.*

44 *Trata-se de Ação Ordinária interposta pelo Município de Vila Velha, do Estado do Espírito Santo, e a Corte Estadual assim decidiu: "Como o art. 9, da Lei 7.990/89, reporta-se a um dispositivo não mais aplicável, o que faz cessar, por conseguinte, a própria eficácia normativa daquele, conclui-se que não há, atualmente, norma legal que obrigue o Estado a repassar 25% (vinte e cinco por cento) de sua receita com royalties à Municipalidade. Pedido autoral improcedente." (AORD 100.05.003219-0. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Des. Rel Rômulo Taddei. Pleno. Dj. 09.03.2006)*

Quanto a outra parcela dos *royalties*, aquela acima de 5%, regida pela Lei Federal nº 9.478/98, o montante das receitas direcionadas aos Estados e Municípios padecem sem qualquer vinculação ou direcionamento normativo de onde devem ser aplicadas. No entanto, os recursos destinados a Marinha e ao Ministério de Ciência e Tecnologia apresentam uma clara destinação legal.

A redação original da alínea "d", do inc. I, do art. 49, da Lei Federal nº 9.478/98, direcionava 25% da receita dos *royalties* decorrentes da exploração em terra "para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo". Alteração recente, deu nova redação ao mesmo dispositivo por força da Lei Federal nº 11.921/2009, tratou de ampliar e apontar com mais clareza o direcionamento dos recursos ao MCT "para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias". Pontue-se que, no caso da lavra *off-shore*, idêntico percentual (25%) é destinado ao MCT, bem como é a mesma a destinação que deve ser dada a tais receitas, consoante dispõe a alínea "f", do inc. II, do art. 49,

da Lei Federal nº 9.478/98, também alterado pela Lei Federal nº 11.921/2009.

Aqui, o horizonte de aplicação das receitas é nitidamente expandido, visto que o MCT passa a poder investir no desenvolvimento de toda a indústria do petróleo e gás natural, mas não só em tal setor. É possível fomentar a indústria de biocombustíveis (desenvolvendo uma matriz energética mais diversificada), na indústria petroquímica de primeira e segunda geração (fomentando novas aplicações do insumo petróleo) e ainda em programas que visem prevenir ou reparar os danos ao meio ambiente (investindo em novas formas de se prevenir e minorar os impactos ambientais)[45].

Ainda no que toca às receitas destinadas ao MCT, há uma clara preocupação com a temática das desigualdades regionais. De tal sorte, o §1º do art. 49 da Lei Federal nº 9.478/98 cuida expressamente que, das receitas destinadas a tais programas de desenvolvimento, 40% (quarenta por cento) devem necessariamente ser utilizadas para as regiões Norte e

45 *Nesse prisma, para citar um exemplo bem atual, pode-se ter em conta o vazamento de óleo na Bacia de Campos, no poço de Frade, perpetrado pela Chevron. Por óbvio, um Estudo de Impacto e um Licenciamento Ambiental bem feito, com a definição de programas de monitoramento e controle, persistem como medidas salutares e mitigadoras dos impactos ambientais. Contudo, certamente, o crescimento nos investimentos em tecnologia em tal setor propiciam uma minoração dos danos ambientais e uma resposta técnica mais célere e eficaz para tais impactos.*

Nordeste[46]. Têm-se aqui um nítido entrelaçamento com o objetivo constitucional de erradicação das desigualdades regionais[47].

Outro ponto de relevo pertinente às receitas destinadas ao MCT refere-se aos programas de amparo à pesquisa mediante convênios com as universidades brasileiras, consoante dispõe o §2º, do art. 49 da Lei Federal nº 9.478/98[48]. Estas receitas possibilitaram a criação do Programa de Re-

46 *§ 1 Do total de recursos destinados ao Ministério da Ciência e Tecnologia serão aplicados, no mínimo, 40% (quarenta por cento) em programas de fomento à capacitação e ao desenvolvimento científico e tecnológico das regiões Norte e Nordeste, incluindo as respectivas áreas de abrangência das Agências de Desenvolvimento Regional. (Redação dada pela Lei n 11.540, de 2007)*

47 *Contudo há quem critique, até com alguma razão, a inexistência de uma contrapartida bem como das receitas terem sido direcionadas apenas para estas duas regiões. Entendo a importância de se delimitar a forma de aplicação destes recursos, assim mesmo a importância de que a aplicação de tais receitas seja escorreita. Porém, considero a crítica exacerbada. A uma, pois a contrapartida dos investimentos em programas de fomento é o próprio desenvolvimento da atividade e das regiões. A duas, porque considerando que temos cinco regiões no Brasil, o que equivaleria a 20% para cada uma das regiões, o dispositivo assegura ao menos o mínimo para estas duas regiões, evitando que, eventualmente, 100% dos recursos fossem par apenas uma das regiões. Textualmente, eis a crítica: "Lamenta-se que esta Lei do Petróleo tenha destacado apenas a Região Norte e Nordeste como beneficiária destes recursos sem exigir nenhuma contrapartida com o retorno para toda a sociedade brasileira das pesquisas que se realizam com esses valores" (COSTA, Maria D'Assunção. Comentários à Lei do Petróleo : Lei Federal n 9.478, de 6-8-1997. 2 ed. São Paulo : Atlas, 2009, p. 251)*

48 *§ 2° O Ministério da Ciência e Tecnologia administrará os programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico previstos no caput deste artigo, com o apoio técnico da ANP, no cumprimento do disposto no inciso X do art. 8, e mediante convênios com as universidades e os centros de pesquisa do País, segundo normas a serem definidas em decreto do Presidente da República.*

cursos Humanos (PRH), o qual propicia a capacitação de profissionais para a Indústria do Petróleo com a inclusão de disciplinas específicas e cursos de especialização junto às instituições de ensino superior[49].

Registre-se que, de 2004 a 2013 o PRH-ANP/MCT investiu nada menos do que R$ 268 milhões em bolsas de estudo e taxas de bancada[50]. Apesar de, aparentemente, ser um vultoso volume de recursos investidos, tenha-se em conta que isso equivale a cerca de R$ 25 milhões de reais por ano, montante que, em termos de Indústria do Petróleo e da importância da pesquisa e desenvolvimento para o setor, ainda é bastante pequeno. É importante que mais investimentos em pesquisa e mais programas de capacitação sejam criados – ainda mais diante deste contexto do grande desafio tecnológico de exploração das jazidas do pré-sal – afiançando o desenvolvimento do setor.

Quanto aos *royalties* destinados ao Ministério da Marinha, os mesmos são vinculados ao atendimento das demandas em

49 *COSTA, Maria D'Assunção. Comentários à Lei do Petróleo : Lei Federal n 9.478, de 6-8-1997. 2 ed. São Paulo : Atlas, 2009, p. 252.*

50 *"De 2004 a 2013, foram investidos R$ 268,4 milhões na concessão de bolsas de estudo e taxa de bancada. Somente no ano de 2013, foram investidos R$ 30 milhões.."(ANP, 2014).*

prol da fiscalização e proteção das áreas de produção[51]. Em que pese relevante, ser dotado de uma Marinha moderna e ágil que possibilite a fiscalização efetiva e possa proteger as áreas produtivas, não só na acepção de proteção contra agentes bélicos, mas também no auxílio à proteção ambiental, resta importante averiguar a aplicação escorreita de tais recursos.

Porém, apesar da evidente destinação de tais receitas, em 2001, ocorreu uma autorização legal para desvincular tais recursos. Assim, a redação original da Lei Federal nº 10.261/2001, permitiu que, no exercício financeiro de 2001, 25% (vinte e cinco por cento) dos recursos dos *royalties* destinados aos Ministérios da União (no caso MCT e MD), fossem desvinculados de qualquer despesa ou fundo. Em seguida, uma Medida Provisória de nº 2.214 de 2001, alterou o dispositivo legal de modo que a desvinculação foi estendida para os exercícios financeiros de 2001 e 2002[52]. Na prática, a medida configurou-se em um bom reforço de

51 *c) quinze por cento ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das áreas de produção;*

52 *Art. 1o Nos exercícios de 2001 e 2002, ficam desvinculados de despesas, entidades e fundos, mantidas as vinculações aos respectivos Ministérios, os seguintes percentuais dos recursos, pertencentes à União, de que tratam os arts. 48, 49 e 50 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, incluindo-se adicionais e acréscimos legais:*
I – até vinte e cinco por cento de cada uma das parcelas distribuídas na forma dos arts. 48 e 49 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997;

caixa para os Ministérios e uma afronta a uma perspectiva sustentável do uso das receitas petrolíferas.

Retomando o tema dos recursos destinados ao MCT, no âmbito deste Ministério as receitas dos *royalties* foram reguladas pelo Decreto nº 2.851, de 30 de novembro de 1998[53]. Este Decreto dispõe que tais recursos serão destinados ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT)[54] e cria um Comitê de Coordenação específico para administrar a aplicação destas receitas[55]. Assim, o MCT com apoio da Secretaria-Executiva do FNDCT – que é exercida pela Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP) – e da ANP administra tais programas, mediante convênios com as universidades e centros de pesquisa. No esteio do referido Decreto a Portaria do MCT nº 552/1999[56], aprovou o

53 *Dispõe sobre programas de amparo à pesquisa científica e tecnológica aplicado s à indústria do petróleo, e dá outras providências.*

54 *Art. 1, § 1 Será criada rubrica específica no âmbito do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, com vistas ao provimento dos recursos destinados aos programas a que se refere o caput deste artigo.*

55 *Art 3 Fica criado o Comitê de Coordenação para administrar a aplicação dos recursos repassados ao FNDCT e vinculados aos programas de que trata este Decreto.*

56 *Art. 1 Aprovar o Plano Nacional de Ciência e Tecnologia do Setor Petróleo e Gás Natural - CTPETRO para o período de 1999-2003, anexo, constituído pelos documentos "Diretrizes Gerais", "Plano Plurianual de Investimentos" e "Manual Operativo", sem prejuízo das instruções adicionais que vierem a ser aprovadas pelo Comitê de Coordenação do CTPETRO no uso das suas atribuições.*

Plano Nacional de Ciência e Tecnologia do Setor Petróleo e Gás Natural, dando as diretrizes para utilização dos recursos do FNDCT/CT-PETRO. Certamente, os investimentos realizados pelo referido Fundo refletem a faceta mais positiva da vinculação e aplicação dos recursos dos *royalties* de petróleo, até o presente momento, no Brasil.

Além disso, merece ser ressaltado a ocorrência de utilização de recursos do CT-Petro para compor a reserva de contingência. Desse modo, o saldo financeiro dos Fundos tem ficado retido junto a Secretaria do Tesouro Nacional compondo tal reserva. Até o ano de 2005 o contingenciamento nos Fundos Setoriais como um todo atingiu a impressionante cifra de R$ 2,2 bilhões, conduzindo a má prática de se utilizar tais recursos contingenciados para fins diversos dos originalmente previstos[57]. No caso do CT-Petro de 1999 a 2005, quase metade dos recursos foi para a reserva de contingência.

O outro Ministério que faz jus à percepção dos *royalties* é o

57 "Os recursos retidos dos fundos setoriais, conforme vimos, se encontram em instituições não relacionadas à CT&I, e seu destino final não está definido. Eles tanto podem ser liberados e usados no custeio da ciência, tecnologia e inovação do país, quanto gastos pelo governo em outras áreas, ao contrário do que se poderia pensar devido às amarras jurídicas dos fundos. Parte da verba dos fundos não tem sido apenas retida, tem sido utilizada para outros fins. Basta que seja editada uma lei para liberar esses recursos retidos, o que já foi feito em 2002 com a lei n° 10.595, e assim uma parte dessa verba foi usada para amortização da dívida pública" (QUEIROZ, Nizardi Michelini. *Os Fundos Setoriais de CT&I: o caso do CT-Petro e sua execução pelo CNPq*. Dissertação. UnB. 2006, p. 51)

Ministério da Defesa, mais precisamente o Comando da Marinha. Como visto, este ente faz jus aos *royalties* de petróleo da lavra *off-shore*, seja na parcela até 5%, da qual detém 20%, seja na parcela acima de 5%, da qual detém 15%. Estes percentuais representaram, somente em 2014, a grande importância de R$ 2,3 bilhões, e deveriam estar vinculados ao objetivo de fiscalizar e proteger a exploração petrolífera no mar, patrulhando a costa brasileira.

Contudo, conforme o sítio na internet da própria Marinha do Brasil, tais recursos vêm sendo contingenciados pelo Governo Federal, em função de sua política fiscal, de modo a representar um aumento no Superávit Primário. Por exemplo, o valor dos *royalties* de petróleo compõe o orçamento da Marinha, porém no encerramento do ano de 2006, o Tesouro Nacional mantinha R$ 2,6 bilhões de reais de receitas dos *royalties* sem que efetivasse o repasse, mantido na Reserva de Contingência.[58]

Este problema do contingenciamento das receitas traz a lume o grave debate da distribuição e da vinculação das receitas. Quanto à distribuição, vê-se que a crítica pelo uso dos recursos pelos Estados e Municípios tem suscitado tendências de se centralizar as receitas dos *royalties*. Contudo, se a

58 MARINHA DO BRASIL. "*Royalties" do Petróleo*. Disponível em: <http://www.mar.mil.br/menu_v/ccsm/temas_relevantes/royalties_mb.htm>. Acesso em: 04 de março de 2014.

centralização ocorrer, mesmo com uma evidente vinculação dos recursos, se o Governo Federal prosseguir realizando um contingenciamento de tais receitas, a finalidade de garantir o desenvolvimento sustentável acaba por se tornar cada vez mais distante[59].

No que toca ao Fundo Especial, o qual, como já analisado, recebe apenas 10% da parcela de até 5% dos *royalties* e tão somente da lavra *off-shore*. Nesse caso, tendo em conta tal critério, no ano de 2010, o referido Fundo recebeu a quantia de R$ 759 milhões. Um montante razoável, porém, ínfimo quando se deve ratear com mais de 5 mil municípios. A distribuição, nesse caso, como já visto, é feita no importe de 20% para os Estados e 80% para os Municípios segundo os critérios do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). As vedações à aplicação – teoricamente – seriam as mesmas já consignadas para os Estados e Municípios em relação às receitas dos *royalties* de petróleo.

Tais Fundos Setoriais, importantíssimos, frise-se têm sido literalmente invadidos pela Desvinculação de Receitas da

59 SERRA, Rodrigo. Concentração espacial das rendas petrolíferas e sobrefinanciamento das esferas de governo locais. In: Petróleo e região no Brasil : o desafio da abundância. (Org.) Rosélia Piquet e Rodrigo Serra. Rio de Janeiro : Garamond, 2007, p. 77-110.

União (DRU). Por meio da DRU, instituída no art. 76[60] das Disposições Constitucionais Transitórias, incluído pela Emenda Constitucional nº 27 e constantemente prorrogado pelo Governo Federal — agora já na Emenda Constitucional nº 93/2016 — o Governo pode simplesmente desvincular 30% das receitas de qualquer Fundo usando-as a seu talante — e, nessa nova emenda referida, foram incluídos os art. 76-A e 76-B, expandindo para Estados e Municípios esse disparate. Ora, veja-se que, normas dessa natureza ceifam qualquer pretensão de se vincular corretamente o orçamento para fins específicos, bem como as vedações legais para utilização de receitas específicas, no caso recursos finitos como os royalties de petróleo. De tal modo, acarretam o absurdo de utilizar-se de receitas dos fundos setoriais, com destinação especifica, para finalidades que vão desde a amortização da dívida ao pagamento de pessoal[61].

60 *Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data. (Redação dada pela Emenda constitucional nº 93)*

61 *"Com a DRU o governo pode utilizar até 20% dos recursos dos fundos setoriais a qualquer momento e para qualquer finalidade, desde amortização da dívida pública até pagamento de despesas correntes diversas que deveriam ser custeadas pelo orçamento da União. Em 2004 foram desvinculados R$ 177 milhões das receitas dos fundos setoriais, e em 2005 R$ 184 milhões. Esses recursos foram encaminhados para a "vala comum" do orçamento da União, e não há mais possibilidade de serem re-encaminhados para o FNDCT." (QUEIROZ, Nizardi Michelini. Os Fundos Setoriais de CT&I: o caso do CT-Petro e sua execução pelo CNPq. Dissertação. UnB. 2006, p. 52)*

Sobre o tema da aplicação dos *royalties*, ainda há um grande debate acerca da Resolução nº 43/2001 do Senado Federal. Trata a referida Resolução, de modo genérico, sobre operações de crédito dos entes subnacionais, bem como seus limites[62]. Todavia, há um ditame que remete a questão dos *royalties* sob o qual paira grande controvérsia. Trata-se do art. 5º, inc. VI[63], o qual veda em relação aos créditos de *royalties* a cessão de direitos, bem como dar em garantia ou captar recursos utilizando os *royalties*, de modo que tais obrigações ultrapassem o mandato do Chefe do Executivo. Logo, tais operações de crédito, realizadas por gestores só poderiam adstringir-se ao seu mandato, única e exclusivamente; não podendo gerar uma constrição nas receitas do futuro gestor.

O fundamento da norma é louvável: equalizar o orçamento

62 *Dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências.*

63 *Art. 5 É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
VI - em relação aos créditos decorrentes do direito dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de participação governamental obrigatória, nas modalidades de royalties, participações especiais e compensações financeiras, no resultado da exploração de petróleo e gás natural, de recursos hídricos para fins de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental ou zona econômica exclusiva:
a) ceder direitos relativos a período posterior ao do mandato do chefe do Poder Executivo, exceto para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União;
b) dar em garantia ou captar recursos a título de adiantamento ou antecipação, cujas obrigações contratuais respectivas ultrapassem o mandato do chefe do Poder Executivo.

e evitar uma herança maléfica para os futuros gestores. Ademais, a edição de tal Resolução encontra guarida no próprio texto constitucional, o qual registra como competência privativa do Senado Federal, no art. 52, inc. VII: "dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal".

Contudo, é de se registrar que paira a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3545, contra o §2º, do art. 5º da Resolução nº 43/2001 do Senado Federal em sua redação originária[64]. Tal dispositivo restringe a antecipação de receitas de *royalties* exclusivamente para pagamento de dívidas com a União e para capitalização de Fundos de Previdência. Atente-se que, por meio da Resolução do Senado nº 11/2015, foi alterado o mencionado §2º do art. 5º da Resolução nº 43/2001[65], inserindo restrições também para a "antecipação do fluxo de recebimentos dos créditos inscritos em dívida ativa", destinando-os tam-

64 *§ 2 Qualquer receita proveniente da antecipação de receitas de royalties será exclusiva para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União.*

65 § 2 Qualquer receita proveniente da antecipação de receitas de royalties ou da antecipação do fluxo de recebimentos dos créditos inscritos em dívida ativa será destinada exclusivamente para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União. (Parágrafo com redação dada pela Resolução n 11, do Senado Federal, de 31/8/2015)

bém exclusivamente para capitalização previdenciárias e dívidas com a União.

De toda sorte, i*n casu,* vê-se que a norma em questão do Senado Federal, na prática, trouxe à lume a mesma disposição do art. 8º da Lei Federal nº 10.195/2001, a qual alterou o art. 8º da Lei Federal nº 7.990/89.

Como já explanado, era vedado utilizar *royalties* para pagamento de dívidas, contudo a alteração legal referida permitiu o pagamento de dívidas junto a União e a capitalização de Fundos de Previdência. Atente-se que, a Resolução do Senado na prática traz ditame similar ao da Lei. Porém, fique bem claro que a Lei Federal nº 7.990/89 refere-se apenas a parcela dos *royalties* até 5%, enquanto a Resolução do Senado, ao tratar do tema de modo genérico, referir-se-ia aos *royalties* como um todo. De tal sorte, a parcela acima de 5% dos *royalties*, regida pela Lei Federal nº 9.478/98, a qual não consigna vedações para o uso de tais receitas aos Estados e Municípios, estaria sendo restringida pelo ditame da Resolução do Senado.

Apesar da ADI 3545 atacar apenas o 2º, do art. 5º da Resolução nº 43/2001 do Senado Federal, seus fundamentos atacam a própria possibilidade do Senado Federal regular a temática, pois salienta que o art. 165, §9º, inc. II, da Constituição

Federal[66] reserva o tema para Lei Complementar. Diante do debate deflagrado, percebe-se que a competência prevista para o Senado é bem específica, comparado ao ditame genérico sobre o qual deveria versar a Lei Complementar. Aparentemente, não haveria inconstitucionalidade, nem do §2º, do art. 5º, ou mesmo da Resolução em si. Porém, a ADI intentada em 2005, não teve sua cautelar apreciada de imediato e, até o momento de conclusão deste trabalho não foi objeto de análise meritória pela Corte Suprema.

Demais disso, a Resolução nº 43/2001 passou por outra alteração recente com a inserção de dois parágrafos em seu art. 5º, por força da Resolução nº 2/2015[67]. Basicamente,

66 *§ 9 - Cabe à lei complementar:*
I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;
II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

67 § 4 Excepcionalmente, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que sofreram redução nas receitas de que trata o inciso VI, inclusive de participações especiais, poderão contratar operações financeiras no limite das perdas apuradas entre a média recebida nos exercícios de 2013 e 2014 e a projeção para os anos de 2015 e 2016, dando em garantia os royalties a serem recebidos, contanto que o pagamento por tal contratação não comprometa mais de 10% (dez por cento) do valor total projetado em consequência da exploração dos mesmos recursos, por ano, sem a observância do disposto nas alíneas do referido inciso e no § 2, bem como dos limites de que trata o art. 7, ressaltando que a aplicação da totalidade do recurso observará a legislação aplicável a cada fonte de receita. (Parágrafo acrescido pela Resolução n 2, do Senado Federal, de 28/5/2015 republicado no DOU de 2/7/2015)
§ 5 Para os fins do disposto no § 4, considera-se perda a diferença entre a média aritmética do total dos recursos recebidos nos exercícios de 2013 e 2014 pelo respectivo ente federado e a previsão para os anos de 2015 e 2016, com base

os novos §4º e §5º do art. 5º permitem uma situação excepcional para os entes subnacionais que sofreram queda nas receitas petrolíferas, possibilitando a contratação de operações financeiras "no limite das perdas apuradas entre a média recebida nos exercícios de 2013 e 2014 e a projeção para os anos de 2015 e 2016, dando em garantia os *royalties* a serem recebidos". Há previsão limitativa de que tal contratação não comprometa 10% do valor total projetado das receitas petrolíferas para o ano, dentre outros limitadores da resolução. Porém, denota-se que tal norma simplesmente faculta aos gestores o endividamento em função da ausência de planejamento estatal pelo uso de receitas erráticas em seus orçamentos.

Atingindo as normatizações mais recentes acerca da aplicação dos *royalties* de petróleo, atente-se à Lei Federal nº 12.351/2010 e a criação do Fundo Social. Com a descoberta das jazidas do pré-sal, como já abordado, lançaram-se luzes acerca do tema da aplicação das receitas petrolíferas. Obviamente, o foco do debate, em especial dos *royalties*, prossegue na distribuição, visto que o Congresso Nacional permanece discutindo o tema. Contudo, no que toca aos *royalties* destinados a União que sejam provenientes do regime de partilha de produção já há um destino certo: o Fundo Social.

nos dados e projeções dos órgãos competentes.(Parágrafo acrescido pela Resolução n 2, do Senado Federal, de 28/5/2015 republicado no DOU de 2/7/2015)

Este Fundo, claramente inspirado no modelo norueguês, tem natureza contábil e financeira e visa constituir recursos nas áreas de combate a pobreza e em prol do desenvolvimento da educação, cultura, esporte, saúde pública, ciência e tecnologia, meio ambiente e mudanças climáticas[68]. Tais áreas de investimento foram objeto de nítida controvérsia e profundos dissensos no Congresso, pois cada parlamentar buscava inserir um tema diferente nas áreas objeto de investimentos do pré-sal. Além disso, prosseguem as manifestações sociais e propostas parlamentares[69] com o fito de destinar recursos de tal Fundo especificadamente para algumas áreas com percentuais definidos. Contudo, a Lei Federal nº 12.351/2010, prossegue, até o momento, em vigor com o texto aqui consignado.

O Fundo Social tem como objetivos constituir uma poupança pública, oferecer fonte de recursos para as áreas registradas acima, mitigar flutuações de preços que serão geradas pelas atividades de exploração de petróleo. Tais objetivos

68 *Art. 47. É criado o Fundo Social - FS, de natureza contábil e financeira, vinculado à Presidência da República, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento: I - da educação; II - da cultura; III - do esporte; IV - da saúde pública; V - da ciência e tecnologia; VI - do meio ambiente; e VII - de mitigação e adaptação às mudanças climáticas.*

69 *Para ficar em alguns exemplos rápidos: o Projeto de Lei do Senado n 2/2010 que institui o royalty-criança e o Fundo Nacional de Educação Básica (FNEB) com recursos dos royalties da União; o Projeto de Lei 138/2011, que destina 50% dos recursos do Fundo Social para a Educação.*

são louváveis. Há ainda um ditame que evita a utilização dos recursos do Fundo Social para fins diversos, que é o parágrafo único do art. 48 da Lei Federal nº 12.351/2010 que veta expressamente a utilização dos recursos do Fundo para concessão de garantias, seja de modo direto ou indireto[70].

Registre-se que os *royalties* decorrentes da exploração de áreas do pré-sal sob o regime de concessão que seriam direcionados à União também constituirão receitas do Fundo Social[71]. A questão de relevo sobre aplicação dos *royalties* de petróleo é que, esta disposição normativa retiraria potenciais recursos do Comando da Marinha e dos importantes programas desenvolvidos pelo MCT. O dispositivo se refere às áreas do pré-sal sob o regime de concessão, logo não se referem aos *royalties* de petróleo das jazidas, digamos, comuns, exploradas sob o regime de concessão. É a interpretação clara do dispositivo.

Assim, apenas as receitas futuras, que seriam provenien-

70 *Art. 48. O FS tem por objetivos: I - constituir poupança pública de longo prazo com base nas receitas auferidas pela União; II - oferecer fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma prevista no art. 47; e III - mitigar as flutuações de renda e de preços na economia nacional, decorrentes das variações na renda gerada pelas atividades de produção e exploração de petróleo e de outros recursos não renováveis. Parágrafo único. É vedado ao FS, direta ou indiretamente, conceder garantias.*

71 *Nos estreitos ditames do art. 49, §3 da Lei n 9.478/98, com as alterações efetuadas pela Lei Federal n 12.351/2010. Para consultar o inteiro teor do dispositivo, vide nota de rodapé 226.*

tes da exploração do pré-sal em áreas de concessão serão direcionadas ao Fundo Social. Logo, não está se retirando recursos atuais dos Ministérios, mas sim o incremento de receitas que teriam no futuro. Além disso, tratar-se-á de destiná-los a um importante Fundo, o qual apresenta também investimentos na área de Ciência e Tecnologia, bem como, potencialmente representará um volume de recursos muito maior do que a singela destinação dos recursos dos *royalties* de petróleo das jazidas do pré-sal exploradas sob o regime de concessão. Em sendo assim, caso os recursos do Fundo Social apresentem bons investimentos no setor de Ciência e Tecnologia os programas, em última análise, não restariam desamparados

Portanto, da complexa normatização **(apenas na esfera federal)** exposta acima, eis o panorama da regulação da aplicação dos *royalties* de petróleo no Brasil. Tem-se a parcela de até 5% dos *royalties* regrada pela Lei Federal nº 7.990/89, a qual conta com um Decreto de discutida regularidade jurídica, mas que vincula estritamente em que devem ser utilizadas tais receitas; há ainda um dispositivo que veda o pagamento de quadro permanente de pessoal e dívidas, salvo com a União, alterado recentemente pela Lei Ordinária Federal nº 12.858/2013, permitindo o pagamento de salários do magistério; na parcela acima de 5%, regulada pela Lei nº 9.478/98 tem-se uma destinação clara ao MCT e Comando

da Marinha, mas inexiste regulação quanto aos Estados e Municípios; há ainda a Resolução nº 43/2011 do Senado Federal que veda algumas formas de utilização de *royalties*, porém padece de discussões sobre sua constitucionalidade; há ainda os *royalties* da Cessão Onerosa que padecerão do mesmo regramento das áreas de concessão; por derradeiro, tem-se os *royalties* das áreas do pré-sal em regime de partilha ou de concessão, de titularidade da União, que serão destinados ao Fundo Social.

5. Conclusão

A exploração das jazidas nitidamente não se dá em condições em que o sistema ecológico possa prover, em um tempo razoável, o bem necessário, no caso o petróleo. O trabalho de milênios é expendido para a produção deste bem ambiental escasso. E, valorá-lo obtemperando os interesses de futuras gerações é, sem dúvida, de difícil equalização.

Ocorre que, este nítido caractere de finitude, deveria acarretar uma percepção singular desta receita; a análise das receitas petrolíferas deve ser, portanto, diferenciada. A bem da verdade, não só a análise, mas, por conseguinte, a forma de ingresso e de saída do orçamento estatal destas rendas minerais finitas deveria merecer uma aproximação legal distinta.

Como se denotou, a análise da legislação aplicável ao tema no âmbito da União denota um marco regulatório confuso e carecedor de um planejamento claro da destinação das receitas petrolíferas.

Desse modo, a forma como esta receita pública deve ser encarada no orçamento deveria ser reservada e específica, uma rubrica privativa para recursos dessa natureza deveria ser criada, pois todos os recursos tangenciados por esta característica de finitude temporal deveriam obrigatoriamente ter uma destinação dissociada dos gastos correntes e atrelada a investimentos públicos duradouros. Outrossim, com a descoberta de grandes jazidas petrolíferas no pré-sal, muito se discute ainda acerca da distribuição desses recursos, prosseguindo o Congresso Nacional com diversos debates sobre o tema. É relevante que estes debates prossigam, mas que atinjam logo um bom termo, definindo de modo claro e escorreito os beneficiários de tais receitas.

Inclusive, seria salutar que a regulação dos royalties de petróleo compreendesse uma reestruturação de toda sua forma de distribuição – abrangendo inclusive os contratos de concessão, em que pese a dificuldade política de tal alteração – criando um marco regulatório bem delineado que possa atender os interesses de todos de modo

equânime. Paralelamente, é medida de importantíssima – inclusive até de maior relevo do que a distribuição – se determinar de modo preciso como àqueles aquinhoados por tais benesses devem aplicá-las, definindo critérios e mecanismos fiscalizatórios quanto ao modo de aplicação destes recursos.

Pois bem, as receitas petrolíferas podem ser um motor potencial de mudança paradigmática; esse grande volume de recursos financeiros é hoje subutilizado em despesas que não redundam em benefícios evidentes para a coletividade. Há uma necessidade imperativa de adotar uma estratégia para o longo prazo e a partir das constatações encetadas, redirecionar tais investimentos em prol da sustentabilidade e projetar mecanismos de controle e de aplicação de tais recursos finitos.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. Anuário estatístico brasileiro do petróleo, gás natural e biocombustíveis - 2015. Rio de Janeiro: ANP, 2015.

ALVES, Victor Rafael Fernandes. Royalties petrolíferos:

Regulação e Sustentabilidade. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017.

ALVES, V. R. F. Oil revenues and financial funds to promote sutainable development: an overview of international and nacional experiences. In: Rio Oil & Gas Expo and Conference, 2012, Rio de Janeiro. Rio Oil & Gas Expo and Conference - Technical Papers, 2012.

ALVES, V. R. F.; XAVIER, Y. M. A. . Regulatory Evolution of the distribution of oil royalties. In: Rio Oil & Gas Expo and Conference, 2012, Rio de Janeiro. Rio Oil & Gas Expo and Conference - Technical Papers, 2012.

COSTA, Maria D'Assunção. Comentários à Lei do Petróleo : Lei Federal n 9.478, de 6-8-1997. 2 ed. São Paulo : Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Adminsitrativo. 24 ed. São Paulo : Atlas, 2011.

GOBETTI, Sérgio Wulff. Federalismo Fiscal e Petróleo no Brasil e no Mundo. Rio de Janeiro : IPEA, 2011.

GUTMAN, José. Participações governamentais : passado, presente e futuro. p.40. In: Petróleo e região no Brasil : o desafio da abundância. (Org.) Rosélia Piquet e Rodrigo Serra.

Rio de Janeiro : Garamond, 2007.

INSTITUTO DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. Estudos sobre o Pré-sal – Experiências Internacionais de Organização do Setor de Petróleo, Taxação no Brasil e no Mundo, Perspectivas de Receitas Públicas da Exploração do Pré-sal e o Financiamento da Infra-estrutura, 2008. PIQUET, Rosélia. Petróleo, royalties e região. São Paulo : Garamond, 2003.

LIMA, Haroldo. Petróleo no Brasil: a situação, o modelo e a política atual. Rio de Janeiro : Synergia, 2010.

LOUREIRO, Gustavo. Kaercher. Participações Governamentais na Indústria do Petróleo. Evolução Normativa. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2012.

MARINHA DO BRASIL. "Royalties" do Petróleo. Disponível em: <http://www.mar.mil.br/menu_v/ccsm/temas_relevantes/royalties_mb.htm>. Acesso em: 04 de março de 2014.

QUEIROZ, Nizardi Michelini. Os Fundos Setoriais de CT&I: o caso do CT-Petro e sua execução pelo CNPq. Dissertação. UnB. 2006.

SCAFF, Fernando Facury. Royalties do petróleo, minério e

energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014.

SERRA, Rodrigo Valente. Contribuições para o debate acerca da repartição dos royalties petrolíferos no Brasil. Tese. Unicamp. 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras Linhas de Direito Econômico. 4 ed. São Paulo : LTR, 1999.