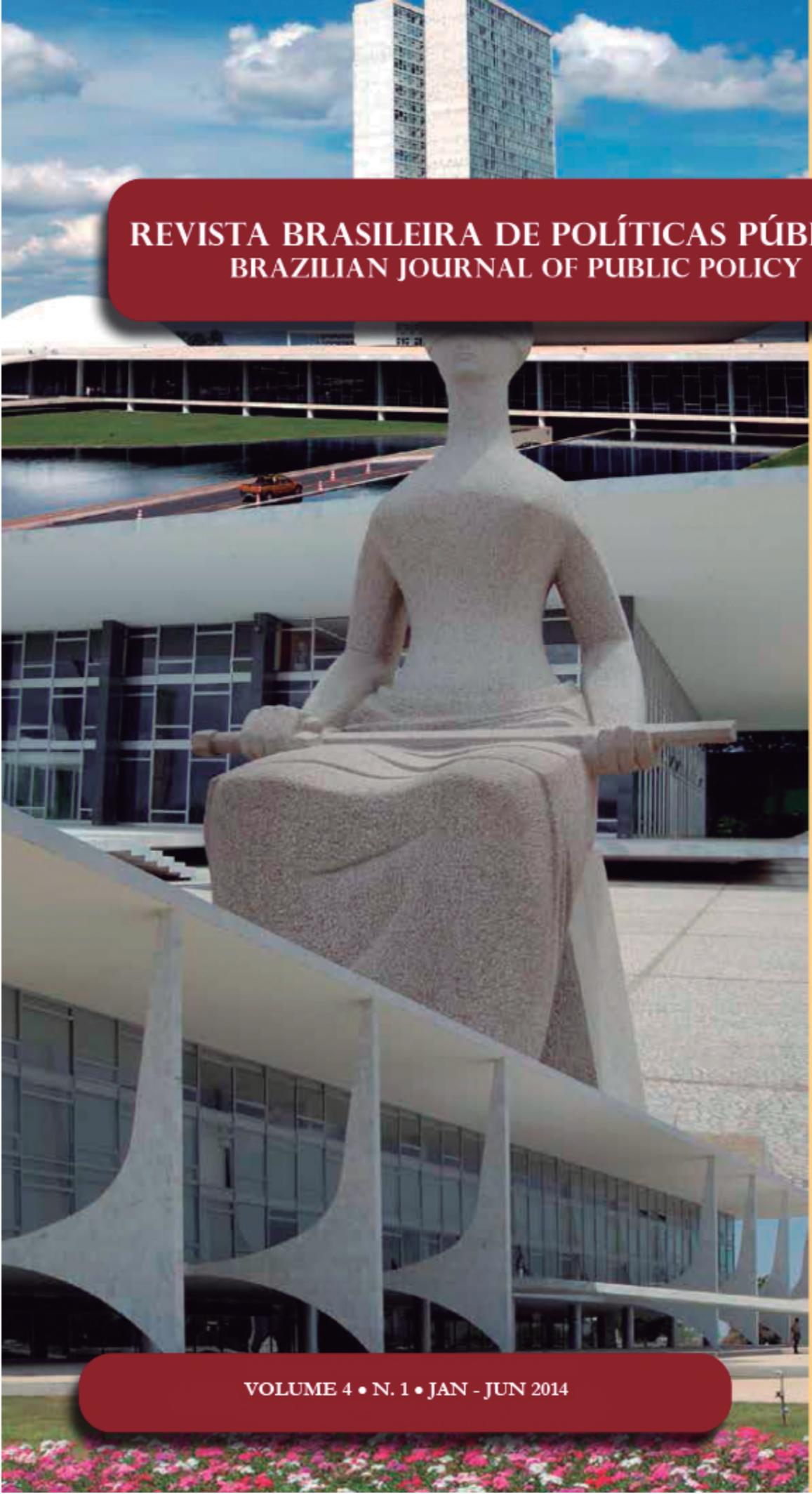




Uniceub
ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY



VOLUME 4 • N. 1 • JAN - JUN 2014

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Revista Brasileira de Políticas Públicas	Brasília	v. 4	n. 1	p. 1-287	jan-jun	2014
------------------------------------------	----------	------	------	----------	---------	------

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
Brazilian Journal of Public Policy

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB
Centro Universitário de Brasília

Reitor
Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB
Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD
João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor
Marcelo Dias Varella

Linha editorial

A Revista Brasileira de Políticas Públicas tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários relacionados a aspectos ligados a interação entre Políticas Públicas e Direito. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito. Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de três áreas fundamentais, que se subdividem:

1. Políticas de Estado e de Governo e democracia: teoria das políticas públicas, sistema de governo, sistema eleitoral e cidadania, sistema de partidos e reforma constitucional.
2. Políticas Públicas e desenvolvimento econômico e social: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental.
3. Avaliação em políticas públicas: teorias de avaliação em políticas públicas, metodologia de avaliação de políticas públicas e políticas de desenvolvimento, metodologia de análise jurídica de políticas públicas, resultados de análise em políticas públicas, pesquisa em políticas públicas setoriais.

Comitê editorial
Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)
Gilberto Bercovici, Universidade de São Paulo (USP)
João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

Layout capa
Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Disponível em:
<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br>

Circulação
Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. – vol. 4, no. 1 (jan./jun. 2014)- . Brasília : UniCEUB, 2011-

Semestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: www.rbpp.uniceub.br 1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

SUMÁRIO

“COMO EU ESCREVO”	11
Richard Posner Tradução de Ana Caroline Pereira Lima Thiago Santos Aguiar de Pádua	
BOOLA!	16
Duncan Kennedy Tradução de Ana Caroline Pereira Lima Thiago Santos Aguiar de Pádua	
A COMIDA FICA NA COZINHA: TUDO QUE EU PRECISAVA SABER SOBRE A INTERPRETAÇÃO DE UM ESTATUTO EU APRENDI QUANDO TINHA 9 ANOS	22
Hillel Y. Levin Tradução de Jefferson Carús Guedes Ana Caroline Pereira Lima Thiago Santos Aguiar de Pádua	
POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA CONTRIBUIÇÃO SUCINTA À EDIFICAÇÃO DE UM MODELO PARA SUA ANÁLISE	28
Victor Manuel Barbosa Vicente	
1 Introdução	29
2 Políticas públicas: alguns modelos para sua análise	29
2.1 A análise institucional.....	29
2.2 Redes de políticas públicas	37
2.3 O modelo de fluxos múltiplos	39
2.4 Advocacy coalition framework	40
3 Considerações finais	43
Refêrencias	43
DIREITO À SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO HOSPITAL E AMBULATORIAL	49
Emerson Affonso da Costa Moura Fabrizia da Fonseca Passos Bittencourt Ordacgy	
1 Introdução	50
2 O direito social à saúde	51
3 A constituição de 1988 e as políticas de saúde	54
4 A saúde pública e os serviços públicos	56
5 Conclusão	57
Referências	58
AUTISMO: O IDEAL E O REAL NA EFETIVAÇÃO DA DECISÃO JURISDICIONAL QUE IMPLEMENTA POLÍTICAS PÚBLICAS	60
Grasielly de Oliveira Spínola	
1 Introdução	60
2 Sobre o autismo: diagnóstico, sintomas e tratamentos	61

3 O controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas ao autismo no Estado de São Paulo	62
3.1 Da ineficiência do julgado em razão da execução pela via individual	65
3.2 Dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	65
3.3 Da Importância de se reconhecer os direitos e interesses difusos, no caso do autismo, para eficiência do julgado.....	66
4 O controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas ao autismo no Estado do Rio Grande do Norte ..	67
5 Conclusões.....	68
DIREITO À SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS E PORTADORES DE TRANSTORNO MENTAL: A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DO DEPENDENTE QUÍMICO NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO	72
Emerson Affonso da Costa Moura	
Laila Rainho de Oliveira	
1 Introdução	72
2 O direito à saúde e as políticas públicas.....	73
3 O dependente químico e a política pública de internação	78
4 Estudo de caso: a internação compulsória no Rio de Janeiro	81
5 Conclusão	84
Referências	85
PRODUÇÃO DE ALIMENTOS: AGRICULTURA FAMILIAR X CULTURA DE EXPORTAÇÃO NO BRASIL, SOB A PERSPECTIVA DA SUSTENTABILIDADE.....	89
Luá Cristine Siqueira Reis	
João da Cruz Gonçalves Neto	
1 Introdução	90
2 Agricultura familiar no contexto contemporâneo.....	90
3 Agronegócio no Brasil.....	93
4 Reforma agrária, produção de alimentos e sustentabilidade	94
5 Conclusão	96
Referências	97
DIREITO AGROALIMENTAR E TERRITÓRIO: REFLEXÕES SOBRE O USO DA ÁGUA NA ATIVIDADE AGRÍCOLA .	100
Rodolfo Franco	
1 Introdução	100
2 Quadro normativo sobre a água.....	102
3 Uso da água na atividade agrícola	105
3.1 O aquífero guarani	105
3.2 Água e território.....	106
3.3 Água e liberdade.....	107
4 Conclusão	110
A CONSTRUÇÃO DE NOVAS POLÍTICAS SOCIAIS: O CASO DE MATO GROSSO DO SUL	114
Ricardo Luz Chagas Amorim	
1 Introdução	114
2 Exclusão social	115
3 As dificuldades dos anos 1990 e a nova política social sul-mato-grossenses.....	118
4 COGEPS e a gestão matricial das políticas sociais	122
5 FIS como garantia de recursos.....	125

6 Alguns números e observações sobre os impactos.....	129
7 Comentários finais.....	134
Referência.....	135
PROGRAMAS SOCIAIS BRASILEIROS E SUA RELAÇÃO COM A POBREZA, A DESIGUALDADE E O DESENVOLVIMENTO	138
Mirian Aparecida Rocha	
Rosa Maria Olivera Fontes	
Leonardo Bornacki de Mattos	
Jader Fernandes Cirino	
1 Introdução	139
2 Estudo sobre as inter-relações entre programas sociais, pobreza e desigualdade	140
3 Metodologia.....	141
3.1 Modelos analíticos	141
3.2 Fonte de dados	142
4 Resultados	143
4.1 Indicadores multidimensionais	143
4.2 Comportamento dos indicadores multidimensionais nas regiões brasileiras	145
4.3 Ranking dos estados brasileiros	147
4.4 Impacto dos programas sociais sobre os indicadores multidimensionais.....	148
5 Conclusão	151
Referências.....	152
A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	155
Eduardo Sadalla Bucci	
Introdução.....	156
Direito é alográfico.....	156
A jurisdição constitucional como fator de estabilização institucional.....	160
Mutaç�o constitucional: poder reformador ou interpreta�o constitucional?.....	164
1. Muta�o constitucional: delinea�o pela doutrina majorit�ria.....	166
2. Muta�o constitucional � luz de o direito ser alogr�fico: mudan�a das normas e n�o do texto constitucional	167
Conclus�o.....	170
POL�TICAS P�BLICAS NA FRONTEIRA TRINACIONAL: O DESAFIO AO PLENO EXERC�CIO DA CIDADANIA	173
Priscila Lini	
REPRESENTA�O INTERVENTIVA, JURISDI�O CONSTITUCIONAL E CONFLITO FEDERATIVO	186
Marcelo Rodrigues Mazzei	
Sebasti�o S�rgio Silveira	
Henrique Parisi Pazeto	
Introdu�o.....	186
Aspectos gerais da interven�o federal.....	187
Hist�rico da representa�o interventiva no Brasil.....	190
A representa�o interventiva na Constitui�o Federal de 1988	191
Legitima�o ativa	193
Procedimento	194

Decisão	195
Conclusão	198
Referências	199
A LICITAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO NA PERSPECTIVA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO.....	201
Felipe Furtado Ferreira	
Eduardo Carlos Pottumati	
1 Introdução	202
2 A licitação pública e sua função social	202
3 Direito ao desenvolvimento sustentável	206
4 A atividade de fomento.....	209
5 O paternalismo libertário como terceira via – similitude com a atividade de fomento	210
6 Considerações finais.....	212
Referências	213
TRIBUTAÇÃO & REGULAÇÃO: UM DIAGNÓSTICO SOBRE INTER-RELAÇÕES POSSÍVEIS.....	215
Veyzon Campos Muniz	
1 Introdução	215
1.1 Um necessário acordo semântico ao tratar de regulação.....	216
2 Regulação da tributação.....	216
2.1 Apatia endêmica e a produção legislativa tributária.....	217
3 Tributação como regulação.....	218
3.1 Medidas extrafiscais: um instrumento regulatório.....	218
3.2 Automatismo moral e a análise de impacto regulatório.....	220
4 Conclusões articuladas.....	221
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A EFICIÊNCIA DA NORMA JURÍDICA NA PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DE DANOS SOFRIDOS PELO CONSUMIDOR.....	224
Héctor Valverde Santana	
1 Introdução	225
2 Conceito de análise econômica do direito (AED)	225
3 Eficiência das normas jurídicas protetivas do consumidor	227
4 Análise econômica da prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor.....	228
5 Conclusão	234
Referências	235
INOVAÇÃO PARA QUEM? O CASO DA POLÍTICA DE INOVAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA	238
Marcos Vinício Chein Feres	
Marcelo Castro Cunha Filho	
1 Introdução	239
2 Integridade e ação comunicativa aplicada ao direito	240
3 A busca pelo desenvolvimento tecnológico e sua repercussão na ICT federal de juiz de fora	244
4 Por que o direito não concorda com uma política inovação utilitária? A deficiência da política da UFJF	249

5 Conclusão	252
-------------------	-----

A PONDERAÇÃO COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL AMBIENTAL256

Maria Isabel Esteves de Alcântara

Michelle Lucas Cardoso Balbino

1 Considerações Iniciais.....	257
2 Introito ao Estudo dos Princípios.....	257
3 Princípio do In Dubio pro Reo	260
4 Princípio do In Dubio pro Ambiente ou In Dubio Pro Nature.....	261
5 A Ponderação como Mecanismo de Solução de Conflitos: Princípio “In Dubio pro Reo” Versus Princípio “In Dubio pro Nature”.....	263
6 Considerações Finais	268
Referências	269

A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS MUNICIPAIS E PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA COIBIR AS BRIGAS DE GALO273

Marco Lunardi Escobar

Lucia Santana de Freitas

Gesinaldo Ataíde Candido

1 Introdução	274
2 A proteção à fauna.....	274
3 As normas ambientais e a defesa animal	276
3.1 Maus tratos a animais: as rinhas de galo	277
3.2 A competência do município em matéria ambiental e a necessidade de políticas públicas para coibir as rinhas de galos.	277
3.3 A falta de políticas públicas: seria falta de interesse?.....	279
3.4 A participação da sociedade civil como auxiliar na gestão ambiental.....	279
4 Aspectos metodológicos.....	280
5 O Combate às brigas de galo no Rio Grande do Norte	281
5.1 As operações de 2010 a 2012.....	281
5.2 Poder de polícia ambiental.....	283
6 Considerações finais.....	284

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Como eu escrevo

Richard Posner
Trad. de Ana Caroline Pereira Lima
Thiago Santos Aguiar de Pádua

VOLUME 4 • N. 1 • JAN - JUN 2014

“Como eu escrevo”¹

Richard Posner

Tradução de Ana Caroline Pereira Lima*

Thiago Santos Aguiar de Pádua**

Richard A. Posner é um verdadeiro ícone do universo jurídico norte-americano. Graduado em Direito por Harvard, é professor na Universidade de Chicago (The Law School) e Juiz do Tribunal de Apelações do Sétimo Circuito da Justiça Federal norte-americana desde 1981, tendo sido indicado pelo então presidente Ronald Reagan ao tempo em que estava filiado ao partido Democrata, filiação que, segundo Posner, era apenas para votar em um amigo durante as primárias².

O autor de *The Economic Analysis of Law*³ e líder do denominado movimento direito e economia (*Law and Economics*) nos apresenta em sua principal obra a utilização de conceitos econômicos para interpretação do direito, abordando temas como utilidade, valor e eficiência das decisões judiciais. Sua proposta denota o ideário neoliberal da direita norte-americana, em contraposição ao movimento CLS – *Critical Legal Studies*⁴.

Com centenas de artigos e inúmeros livros publicados, alguns deles traduzidos para o português, Posner se denomina um escritor compulsivo e é ácido crítico de ideias e instituições. Tido como o jurista mais citado dos Estados Unidos, Posner denuncia em seus escritos a “jurisdependência do passado”, no sentido de que dentre todas as profissões, aquela que mais fortemente se volta para a história é o Direito, pois venera a tradição, o precedente, o ritual, as práticas antigas, o costume, os textos antigos, a terminologia arcaica, a sabedoria, a experiência que vem acompanhada da idade, a maturidade, e também a chamada gerontocracia e a interpretação estimada como resgate dos fatos históricos⁵.

Recebido em 01/06/2014

Aprovado em 01/06/2014

Artigo convidado

* Mestranda em Direito (UniCEUB), Pesquisadora-Discendente do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Advogada.

** Mestrando em Direito (UniCEUB), Pesquisador-Discendente do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Bolsista da CAPES. Advogado.

1 NT: O Espaço “How I Write” (Como Eu Escrevo) é um semanário de entrevistas com escritores/juristas sobre seus hábitos e rotinas diárias publicado no jornal “The Daily Beast”. A presente entrevista foi concedida em 07/11/2013 ao jornalista Noah Charney, tendo sido publicada no mesmo mês. Originalmente inserida no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.thedailybeast.com/articles/2013/11/07/how-i-write-richard-posner.html>> Acesso em: 20 de março de 2014. Pedido de autorização para tradução solicitado e concedido em 19/05/2014. Editada e condensada pelo original.

2 Cf.: A Conversation With Judge Richard A. Posner, *Duke Law Journal*, vol. 58, (2009), p. 1812.

3 Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 6th. New York: Aspen Publishers, 2003.

4 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004. p. 245-246.

5 POSNER, Richard. *Fronteiras da Teoria do Direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 167.

Sua visão acadêmica não está dissociada de sua atividade prática, num belo casamento entre o teórico da academia e o Juiz da Corte de Apelação Federal, que certamente o influenciam a dizer que existem muitos professores de direito, e à medida que a teoria constitucional se torna mais ‘teórica’ e menos vinculada à prática do direito ela se torna mais acessível a professores universitários de outras áreas do saber (teoria política e filosofia moral), mas o resultado disso seria que a teoria constitucional se desenvolve em um “meio opaco para os juízes e advogados praticantes”⁶.

Ao escrever a prestigiosa “*Foreword*” para o ano de 2004 da Suprema Corte Americana, publicação tradicional da Harvard Law Review, iniciou citando uma poderosa epígrafe de John Hart Ely e finaliza as 71 páginas do artigo com não menos potente citação de William Shakespeare, em “Medida por Medida”, respectivamente no sentido de que a noção de que os valores genuínos de um povo podem ser discernidos com maior segurança por uma elite não democrática, referida na literatura como “*Fuhrerprinzip*”, e fecha o escrito com o famoso diálogo shakespeariano entre Ângelo e Isabela com a passagem sobre ter a força de um gigante e utilizá-la tiranicamente⁷.

Posner é pensador que precisa ser estudado, lido e debatido na academia e a tradução da entrevista abaixo é um singelo contributo para esta empreitada, devendo ficar registrado que a referida entrevista ocorreu no final do ano de 2013, em diálogo com Noah Charney para o jornal “The Daily Beast”, na série “How I Write”.

Brasília, 24 de maio de 2014.

Os tradutores.

1 Entrevista de Noath Charney com Richard Posner

1.1 Noah Charney: Descreva sua rotina matinal.

Richard Posner: Eu realmente não tenho qualquer rotina. Bem, se eu estou em casa ou no trabalho, eu tenho uma mesa e um computador. E eu escrevo. Eu nunca pensei em termos de uma rotina particular. Existem muitas interrupções, e-mails, e assim por diante. Sempre que tenho tempo livre, eu escrevo. Decisões judiciais ou material acadêmico. Eu não tenho nenhuma meta de palavras. Eu entendo escritores profissionais que dizem que devem escrever certo número de palavras por dia para terminar um livro. Muitas vezes a mesma rotina, com os mesmos instrumentos de escrita. Eu não sou nada assim. Eu tenho que dar prioridade ao meu trabalho Judicial. Quando eu estou escrevendo uma decisão judicial ou editando, eu sempre faço meu trabalho judicial primeiro.

1.2 NC: Você tem a distinção de ser o jurista acadêmico mais citado do século XX. O pai do meu colega A. J. Jacobs está no Guinness Book, o livro dos recordes, por ter escrito o artigo jurídico com o maior número de citações⁸. Como você se sente em ser... tão citado?

6 POSNER, Richard. *A problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 229.

7 POSNER, Richard. The Supreme Court 2004 Term. Foreword: *A Political Court*. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 31, p. 32-102, 2005.

8 NT: O “recorde” de Arnold S. Jacobs é justificado pelas 4.812 (quatro mil oitocentos e doze) citações em notas de rodapé em artigo jurídico. Cfr.: <<http://ajjacobs.com/about/>>, acesso em: 20 mar. 2014.

A propósito, ainda, a entrevista concedida para a revista “*Super Lawyers*” na qual se menciona a competição para o alcance da marca e o fato de não ter ingressado oficialmente no Livro dos Recordes:

“[Sobre o número de notas de rodapé] Como isso aconteceu? Até 1984, eu detinha o recorde pelo maior número de notas de rodapé em um artigo jurídico: 1.247. Então um professor escreveu um artigo com 1.611 notas, melhorando a minha marca. Eu enviei para ele uma carta de congratulação (com notas de rodapé) mas ele nunca respondeu. Eu então decidi escrever um artigo com tantas notas de rodapé que ninguém jamais bateria o recorde. O tópico do artigo de 495 páginas era um tratamento denso da seção 16 do ‘Securities Exchange Act’ sobre a ‘recaptação de insiders’ das companhias públicas em termos de relato governamental e pequenas amostragens.

RP: Ha! Eu não sabia disso sobre mim mesmo! Bem, isto apenas demonstra que eu sou compulsivo, certo? Eu sou um escritor compulsivo. Isso é engraçado. Eu sou compulsivo. Eu não faço muita coisa além disso. Eu não faço viagens. Minha esposa e eu são saímos muito. Algumas vezes para jantar ou ao teatro, mas não muito. Então eu trabalho nos finais de semana, noites. Eu tenho bastante tempo e eu escrevo. Eu sou rápido, faço bastante coisa.

1.3 NC: Quem é o seu herói nos anais do direito?

RP: Eu admiro grandemente Oliver Wendell Holmes. E outros grandes juizes que eu gosto bastante são Cardozo, Brandeis, Henry Frindly e John Marshall.

1.4 NC: Você aprecia obras literárias e filmes sobre Tribunais, ou isso é muito habitual? Quais seriam os seus favoritos por serem ao mesmo tempo entretenimento e realísticos?

RP: Voltando aos gregos, há o julgamento de Orestes em Esquilo. Em Shakespeare há julgamentos, no Rei Lear e no Mercador de Veneza. Existem julgamentos como procedimentos legais em Medida por Medida. Billy Budd, de Melville, o Processo, de Kafka. Muitos deles, realmente. O Estrangeiro, de Camus.

1.5 NC: E sobre os mais contemporâneos? Você gosta de Scott Turow ou de John Grisham?

RP: Eu não ligo para Grisham. Sobre Scott Turow, eu li dois de seus livros: ‘Presumed Innocent’ e ‘Innocent’. Muito bem escritos. Ele é um advogado muito experimentado e seus livros são bastante autênticos. Ele é muito bom advogado, e também muito bom escritor, então seu trabalho é muito bom. Dentre os contemporâneos, William Gadis, James Gould Cozzens tem feito um excelente trabalho jurídico. Eu escrevi um livro sobre Direito e Literatura. Oh, e o ‘The Bonfire of the Vanities’ [de Tom Wolfe], são muito bons. E existem filmes excelentes. Isto tem que ser dos anos 1940, ‘The Spancer Tracy and Katherine Hepburn’, ‘Adam’s Rib’. São maravilhosos. E Doze Homens e uma Sentença, com Henry Fonda. A série de TV Rumpole é excelente. Nosso sistema judicial é inspirado no modelo Inglês, mas eles são mais teatrais, retóricos, eloquentes. Eles usam nossa língua melhor do que nós, e houveram maravilhosas cenas de julgamentos ingleses em variados tipos de filmes e shows da BBC. Então, há uma muito rica literatura ficcional no Direito.

1.6 NC: Já foi tentado a escrever um romance jurídico?

RP: O pensamento já cruzou minha mente ocasionalmente, mas não. É difícil. Existem alguns romances iniciais famosos, mas geralmente você precisa de muita experiência em escrever ficção antes de realmente produzir algum romance que valha a pena.

Vinte e um anos depois, para o bem ou para o mal, acho que ainda detenho o título duvidoso. **Como encontrou o recorde, em primeiro lugar? Estava no Guinness Book?** Eu tentei entrar no Guinness, o Livro dos Recordes, de fato, duas vezes. Mas como meu filho disse em um livro que escreveu [*The Know-It-All, One Man’s Humble Quest to Become the Smartest Person in the World*], o Guinness Book of World Records estava mais interessado em identificar pessoas com unhas tão longas como cobras do que com questões profundas sobre quem detém o recorde de citações em notas de rodapés em revistas de artigos jurídicos. Como prêmio de consolação o novo recorde foi noticiado no ‘Harper’s Index’, no New York Times, no The London Times, no The Wall Street Journal, no The National Law Journal, e, é claro, inúmeras publicações fazendo graça das notas de rodapé nas revistas de direito em geral, e sobre meu recorde, em particular.” Disponível em: <<http://www.superlawyers.com/new-york-metro/article/QandA-with-Arnold-S-Jacobs/afc43458-393f-45c3-9e0a-8e693807fabb.html>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

1.7 NC: Neste ponto de sua carreira, você gostaria de sentar na Suprema Corte?

RP: Não. Primeiro, eu estou muito velho. Eu tenho 74 anos e eles não indicam pessoas da minha idade.

1.8 NC: Mas você parece vigoroso.

RP: Bem, eu não gosto da Suprema Corte. Eu não acho que seja uma Corte verdadeira. Eu penso nela como basicamente... é como a Casa dos Lordes. É um corpo ‘quase-político’. Presidente, Senado, Câmara dos Deputados, Suprema Corte. É muito política. E eles decidem quais casos ouvir, o que não me parece uma coisa que os juizes devam fazer. Você deve pegar o que vier. Quando você decide quais casos ouvir isso significa que você já decidiu o caso afrente do tempo. Também, porque sou um escritor compulsivo, eu gosto de escrever. A maneira que ouvimos os casos, nós ocasionalmente temos casos em que todos os juizes tomam parte, mas na maioria das vezes nós temos grupos de 3 juizes, e decidimos o caso entre os 3. Algumas vezes eu faço mais do que um terço, porque eu sou egoísta. Mas se você senta-se com 8 outras pessoas [como na Suprema Corte] você apenas têm 1/9 dos casos para escrever. Não estou interessado nisso. Agora, cada um dos juizes da Corte Suprema escreve muito, muito poucas opiniões majoritárias. Ano passado foram 74 casos. Divida isso por 9 e isso equivale a um pouco mais do que 8 opiniões por ano. Isso é ridículo. Eu escrevo cerca de 90 opiniões por ano. Eu acho que eles tem no máximo cerca de 20 opiniões por Juiz no total. Eu não gosto de escrever opiniões de dissenso e de acompanhamento, pois uma vez que o caso esteja decidido, há muito pouco interesse em outras opiniões. Eu não gostaria da Suprema Corte. Absolutamente não desejaria estar nela.

1.9 NC: Nos diga alguma coisa sobre si mesmo que seja largamente desconhecida e talvez surpreendente.

RP: Bem, sou um adorador de gatos. Costumava gostar de cachorros, então mudei. Eu tenho uma grande paixão por meu gato atual. Eu gosto de animais, em regra. Sou muito suave em termos de animais. Minha gata é uma Maine Coon chamada Pixie. O que não é muito usual nela é o fato de ela ser afetiva, ao lado de ser linda e inteligente. Não muito usual em gatos. Ela gosta de se aconchegar e estar conosco. Sua carinha fica caída quando saímos de casa. Ela é muito sociável. Aparenta reconhecer membros de nossa família, crianças e netos. Ela é realmente um doce. É um dos motivos pelos quais eu agora trabalho bastante em casa. A natureza do meu trabalho não exige que eu esteja lá o tempo todo, a menos que tenha que ouvir algum caso. Eu gasto provavelmente metade do meu tempo em casa, trabalhando. Tudo que eu preciso eu tenho comigo ou tenho acesso eletrônico. Uma das razões é que a gata nos quer em casa.

1.10 NC: O que é garantia de lhe fazer rir?

RP: Eu gosto de comédias.

1.11 NC: Alguma em particular?

RP: Existem várias. As primeiras comédias Shakespeareanas, como “Noite de Reis”, “Sonho de uma noite de verão”. As comédias de George Bernanrd Shaw. A comédia “A importância de se chamar Ernesto” de Oscar Wilde, uma das comédias mais engraçadas de todos os tempos. Tem toda uma tradição inglesa cômica. Eu acho que começa com Shakespeare mas inclui “She Stoops to Conquer” de Goldsmith.

1.12 NC: O que é garantia de lhe fazer chorar?

RP: Eu não choro! Eu não gosto de livros ou filmes cruéis, então fico longe deles. Eu não gosto de coisas emotivas. Aventura é legal, mas eu não gosto de coisas tristes.

1.13 NC: O que você gostaria de deixar escrito na sua lápide?

RP: Há-ahh! Bem, eu não estou planejando ter uma lápide. Eu acredito em cremação. Sem lápides para mim.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Boola!

Duncan Kennedy
Trad. de Ana Caroline Pereira Lima
Thiago Santos Aguiar de Pádua

VOLUME 4 • N. 1 • JAN - JUN 2014

Boola!¹

Duncan Kennedy*

Tradução de Ana Caroline Pereira Lima**

Thiago Santos Aguiar de Pádua***

Eu não me sinto um forasteiro ao escrever sobre Yale porque eu frequentei a Faculdade de Direito de Yale, e pensando na minha época isso me traz toda sorte de imagens do final dos anos 1960 e início dos anos 1970. Uma poderosa imagem que ficou comigo todos estes anos é uma imagem que poderia vir do livro de fotos de 1970 da revista Life: um homem e uma mulher jovens, estudantes de graduação de Yale, em uma ala entregando rosas para homens jovens, integrantes da Guarda Nacional chamados para proteger as lojas na rua contra saques ou apenas atos de desobediência civil no período do julgamento dos Panteras Negras em New Haven.

Os caras da Guarda Nacional inicialmente estavam aterrorizando em seus uniformes, com seus rifles, mas uma olhada mais de perto revelou dentro deles alguns garotos de colégio tipo classe média alta, não se esforçando para parecer insensíveis, apenas embaraçados, desviando os olhos enquanto os portadores das flores se aproximavam deles ao longo da calçada. Uma garota perguntou: “Ei, Joe, o que você está fazendo aqui?” Mas também havia faces de trabalhadores e algumas faces raivosas do tipo “seu babaca”. Havia faces brancas e negras na linha. As rosas não eram inocentes.

Em certo sentido elas eram equivalentes a armas, uma agressão contra os garotos em seus uniformes, e também contra homens crescidos numa peça escolar surreal na qual eles eram as “forças de ordem”, e nós os insanos subversivos. Não era apenas uma peça, entretanto, não apenas porque as armas pareciam estar carregadas, mas porque todos os tipos de relacionamento (ignorados, temidos e sufocados) entre nós -, atores itinerantes, meninos, meninas e guardas, - pareceram voar brevemente como pássaros.

1 Publicado originalmente em 1996: Duncan Kennedy, “Boola!”, in *Social Text*, Volume 12, nº 4, pp. 31-36. Copyright, 1996, Duke University Press. Todos os Direitos Reservados. Republicado com a autorização de Duke University Press, proprietário dos Direitos Autorais (*Copyright holder*). www.dukepress.edu. Republicação por autorização. Pedido de autorização para tradução enviado em 20.05.2014, com a resposta autorizativa recebida em 21.05.2014.

NT: Optou-se por não traduzir o título (Boola), em razão de ser uma expressão idiomática que na prática se revela intraduzível. O artigo foi publicado em uma edição especial da revista “Social Text” apelidada de “*The Yale Strike Dossier*”, originalmente composto por 14 escritos que abordam a crise do trabalho acadêmico. A palavra “Boola” é a um só tempo parte do título (Boola Boola) e faz parte do refrão do que nós chamaríamos no Brasil de uma espécie de “grito de guerra” comum em atividades esportivas, sendo verdadeiro hino esportivo de Yale. A origem da palavra é controversa mesmo para antigos alunos, especulando-se que eventualmente poderia significar “bom” em alguma língua Polinésia. Cfr. HIRSH, Philip. *The secret source of that silly tune: ‘Boola Boola’ has now been part of Yale’s repertory of football fight songs for exactly a century*. Yale Alumni Magazine, 2000. Disponível em: <http://archives.yalealumnimagazine.com/issues/00_10/boola.html> Acesso em: 22 maio 2014.

Recebido em 01/06/2014

Aprovado em 01/06/2014

Artigo convidado

* Duncan Kennedy é professor de Direito em Harvard, bacharel em economia pelo Harvard College (1964), bacharel em Direito por Yale (1970). Foi um dos fundadores do *Critical Legal Studies*. Foi estagiário de Potter Stewart, Juiz da Suprema Corte Americana, e detém o título professoral de “*Carter Professor of General Jurisprudence*”.

** Mestranda em Direito (UniCEUB), Pesquisadora-Discente do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais.

*** Mestrando em Direito (UniCEUB), Pesquisador-Discente do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Bolsista da CAPES.

Isso foi há muito tempo atrás, e a linha que amarra os opositoristas ao longo das gerações foi fortemente esticada e afinada. O que significa hoje em dia juntar-se ao movimento trabalhista, se você é um estudante de graduação em uma universidade de elite, pensando em si mesmo como parte da tradição humanística ou da cultura científica e social? Uma coisa que isso significa é que conversas com seus professores, talvez não muitas, talvez não longas, são altamente carregadas como as conversas daqueles dias. Uma imagem do direito aqui: professores dizem que vocês não tem o “direito” de formar uma associação porque vocês são estudantes, ou que é inapropriado porque vocês são aprendizes, e não trabalhadores.

Mesmo se o professor que lhe diz isso estiver usando uma gravata e um terno bonitos, e mesmo se vocês tiverem lido seus livros e apostem a vida em sua habilidade em distinguir entre dois manuscritos de Beowulf, ou mesmo que vocês se sintam honrados em serem escolhidos para fazer pesquisa para ele, seu discurso estará equivocado. Vocês têm o direito de formar uma associação. Não é ilegal vocês formarem uma associação, para forçar ou para barganhar coletivamente com Yale. Todo mundo nos Estados Unidos (prisioneiros e soldados, talvez, excepcionados) tem o direito de formar uma associação, isso não é ilegal, e não tem importância vocês serem estudantes.

O único ponto jurídico válido é que a Lei Federal de Trabalho², o estatuto da organização do trabalho neste país, pode não se aplicar a vocês - e eu digo “pode não se aplicar” deliberadamente - se vocês são estudantes de graduação. Se - uma grande ênfase no se - isso não se aplica a vocês, então o seu empregador pode usar um monte de táticas contra a associação que seriam ilegais se vocês fossem protegidos pelo estatuto. Pelas regras do estatuto, seriam práticas de trabalho injustas para disciplinar trabalhadores para atividades associativas; se vocês não estão protegidos, e se também não há norma estadual que se aplique a vocês, então o empregador não está violando a Lei se ele despedir você por barganhar ou se associar.

Não é uma desgraça estar em uma das categorias de trabalhadores que não estejam abarcadas pelo ato normativo federal. As categorias não abarcadas incluem, por exemplo, trabalhadores rurais, que não estão incluídos porque eles foram excluídos com vistas a obter ação através do Congresso (as forças que vivem do trabalho rural são fortes o suficiente para deixá-los excluídos). O ato não inclui trabalhadores domésticos pelas mesmas razões. Não estar coberto não significa que o “Grande Papai Direito” decidiu que vocês não deveriam se unir em associação. Não mesmo. Isso significa que vocês devem ter sua associação sem a sua ajuda, não significa que - como no ditado popular, “você está desprotegido”.

Repetida algumas vezes a frase, “você está desprotegido” atrai alguma moderna conotação sexual. Isso significa: “Nós podemos fazer qualquer coisa que quisermos com vocês, e nós faremos, e as consequências podem ser terríveis. Não esqueça nem por um minuto: VOCÊ ESTÁ DESPROTEGIDO”. Mas quando um membro da faculdade diz que você está desprotegido porque é um estudante, ele ou ela estão acariciando uma especulação jurídica. Como eu disse antes, é uma questão em aberto o fato de qualquer estudante de graduação estar coberto ou não. O Ato Nacional das Relações Laborais (ANRL) não diz que os estudantes não estão protegidos. Ele diz que funcionários são protegidos. Nenhuma Corte ou agência administrativa decidiu ainda um caso sobre os estudantes a partir do “ANRL”, especialmente sobre o tipo de relacionamento referente à universidade de Yale cujos estudantes graduandos ensinam uma seção, e que tenha por empregador a sua universidade.

Minha própria opinião, falando como um professor de Direito, é: se Clinton for reeleito e o Conselho Nacional das Relações Laborais permanecer um conselho liberal, é provável que estudantes da graduação empregados como vocês vão ser reconhecidos. Estudantes empregados do seu tipo estarão cobertos. E todas as pessoas que estão dizendo que vocês não estão protegidos porque não são empregados estarão equivocados. Se Bob Dole for eleito, as coisas podem ser diferentes. Então, quando seus professores estenderem o direito contra vocês, vocês devem rir: eles não sabem do que estão falando.

2 NT: A referência do texto é ao denominado “*the New Deal National Labor Relations Act*”, que doravante será referido no texto como “Ato Nacional das Relações Laborais” (ANRL).

Pensar sobre isso como um grupo bizarro de questões jurídicas é algumas vezes tranquilizador, eu acho, como uma maneira de manter certa ambivalência. Pessoas, professores e estudantes que são contra a associação, ou inseguros quanto a ela, estão algumas vezes respondendo a uma imagem do grande trabalho, do sindicalismo industrial, que pode ser reforçada se se descobrir que estudantes de graduação poderiam ser empregados para os propósitos da “ANRL”. Estudantes de graduação deveriam colocar os capacetes, carregar marmitas metálicas e bater o relógio; quando pegar por si mesmo um copo de café for uma questão de regras de associação trabalhista, inflexivelmente definidas por gestão em negociação com burocratas trabalhistas do topo. Existe um certo medo em perder o status de classe, que precisamos apenas superar, mas também um medo de que as coisas boas sejam perdidas.

Não é verdade que a alternativa ao “status quo” seja a organização sindical burocrática confrontar a universidade no topo, destruindo o corpo-a-corpo, descentralizado, com relacionamentos emocionalmente carregados que os estudantes de graduação possuem com a faculdade. Essa ideia vem em parte do que eu somente posso chamar de propaganda do empregador sobre as associações, e em parte da realidade das organizações dos trabalhadores da produção em grandes fábricas; mas isso é uma concepção equivocada sobre o que é a sindicalização, como quando pessoas gerenciam para fazer auto-organização e criar, especialmente neste tipo de contexto, algo como um movimento de trabalho vivo para nosso próprio momento, para grandes e pequenos locais de trabalho, empregos de colarinho azul e de colarinho branco, locais de trabalho com atmosferas bastante diferentes.

O direito laboral americano é facilitador; ele encoraja a auto-organização dos trabalhadores em qualquer forma que eles queiram adotar. O movimento laboral americano, como uma instituição organizada, não pode (na verdade não deve), impor a novas organizações trabalhistas nenhuma forma ridícula de advertência dos empregadores. Não há nenhuma razão jurídica e nenhuma razão social (ou institucional) para que as associações dos estudantes da graduação não devam nutrir e alimentar boas relações entre estudantes e membros da faculdade, relações estas baseadas no contato corpo-a-corpo, com relações completamente flexíveis entre membros da faculdade e estudantes individualmente. Se houver um problema, não será sobre o que a sindicalização significa em abstrato, mas sobre que formas de auto-organização vocês mesmos deveriam escolher e como deveriam sentir - nem tudo sempre bom, certamente - sobre ter que lutar e pechinchar e se comprometer consigo mesmos sobre este tipo de coisa, mais do que deixar isto para a resolução das autoridades.

Não esqueça que não importa quantas vezes você diz a palavra aprendizagem; a universidade age como uma única organização unitária com relação a muitas questões que afetam seus próprios interesses, e não fazem isso de uma maneira descentralizada. Isso fixa as taxas, isso decide quantos de vocês empregarem, isso molda as condições básicas de suas vidas como trabalhadores do centro, usando todo o poder que vem de sua organização centralizada e unitária. E isso explora a fraqueza que advém do fato que vocês negociam com o centro como indivíduos, com cerca de zero poder de barganha.

Tem um pouquinho de loucura nesta parte da retórica antisindicalização. Professores tendem a estar felizes e orgulhosos se eles como puros pensadores tenham deixado o trabalho sujo de estabelecer os termos para a administração. Eles dizem que não é sua culpa que vocês sejam explorados, porque eles não têm o controle; então eles se viram e dizem que vocês não deveriam se organizar para negociar com o centro porque isso vai paralisar ou matar suas relações calorosas com eles como indivíduos. Mas porque vocês devem negociar com a administração como indivíduos quando eles negociam com você como um grupo unido? E porque organizações deste nível deveriam interferir nas suas relações de amor cultivado, individual e idiossincrático com eles como professores e supervisores, dia a dia?

Os reais problemas para professores são difíceis de imaginar, mas talvez eles saibam que eles competem com vocês por recursos e compensação vis-à-vis com a administração, e, fazendo isso muito bem, um pouco melhor do que fariam se vocês estivessem organizados. E então há a ideia do aprendizado. Esta é uma ideia que eu penso tenha uma verdadeira atração, com significado emotivo e real para muitos

professores e para muitos estudantes. Mas como a maioria das imagens ou “figuras” com este tipo de poder, isto tem o seu lado sombrio, seu lado hierárquico “neoGótico”, condizente com a arquitetura de escolas como Yale.

Nós não temos mais aprendizado. Legalmente, aprendizado costumava ser o seguinte: era contratual e vocês eram delimitados por isso, mas se vocês fossem menores de idade, o contrato poderia ser feito em seu favor por seu pai ou pelos supervisores locais dos pobres. Isso também era um status porque uma vez que você anuiu você estava obrigado por suas regras.

Quando você era um aprendiz, seu mestre era legalmente obrigado a lhe prover hospedagem em sua casa, e treinamento em sua arte ou ofício (arte ou ofício que você não poderia exercer a não ser através dele e de outros membros de sua guilda). Em troca você teria concordado em trabalhar para ele e sujeitar a si mesmo a disciplina de dois diferentes tipos. Se você desistir, poderia ser trazido de volta à força - a justiça local de paz traria você de volta para a criadagem de seu mestre. Dentro da casa, você tinha o dever de obedecer aos seus mandamentos; ele poderia enviar vocês para as autoridades locais para punição se você desobedecesse ou se comportasse mal. Nos anos 1950, milhões de criancinhas em idade escolar leram um romance bombástico chamado “Johnny Tremain”, sobre um aprendiz no tempo de Paul Revere. Eu me lembro de uma cena horripilante na qual prata líquida escorreu pelas mãos de Johnny...coisas poderiam ir muito mal.

Claro, isso não é tão simples. O aprendizado possui conotações positivas também. Isso evoca a verdade da filiação, o nexos emocional que algumas vezes existe entre estudantes nos programas de pós-graduação e seus professores, o elemento de vulnerabilidade, a autoentrega do estudante, o elemento da boa emoção e responsabilidade patriarcal e matriarcal em seus professores.

Uma das coisas que foram mais poderosas para mim como um estudante de Direito de Yale foi a experiência do desapontamento, da decepção das minhas expectativas como um aprendiz. Eu era um forte anticomunista da esquerda liberal que queria se juntar a parte progressiva da classe dominante para fazer boa política. Eu me identifiquei, fácil e rapidamente, com os principais professores ativistas, que eram liberais e pareciam ter exatamente essa agenda, como um acesso ao poder capaz de realiza-la.

Eu não gostei de radicais no começo. Eu não era um radical. Eu fui radicalizado pela faculdade de direito, por minhas interações com os meus professores ao invés da experiência no Movimento. Um evento em particular cristalizou minha desilusão. Alexander Bickel, um brilhante professor da complicada esquerda liberal e líder intelectual, brevemente um redator de discursos para Bobby Kennedy, estava aflito com a insolência dos estudantes ativistas, particularmente por parte da primeira geração de estudantes negros na faculdade de direito que lá estavam em razão de um transcendental e admirável programa progressista. Ele era a quintessência liberal-contrajuramentos-de-lealdade, mas na primavera de 1970, de maneira absurda, embora de boa-fé, conforme me pareceu, ele sentiu que havia um paralelo entre ativistas radicais (negros e brancos) e os ativistas “Camisas Marrons” no fim da república de Weimar. Ele propôs que, na admissão, todos os alunos deveriam assinar um juramento de lealdade ao “empreendimento acadêmico”, embora sem mecanismos de coação, e mais como um ato simbólico.

Não foi a proposta que nos aflagiu, mas nossa discussão civilizada com ele. Ele parecia assustadoramente diferente de como eu o imaginava. Ele parecia pensar que nós, seus alunos, em certo sentido seus seguidores, éramos assustadoramente diferentes, também. No início, houve uma troca legal, e em seguida, um momento em que ele, em que nós, uma geração inteira, realmente, apenas capotamos. Você podia ver em sua linguagem corporal, em seus olhos, que era repulsa, era medo, que era vergonha pelo fato de que nós estávamos os empurrando da esquerda.

Era também mais raiva do que poderíamos explicar: as nossas exigências pareciam apenas a extensão do que eles nos ensinaram, demandas em torno da guerra do Vietnã, raça, sexo, as demandas por mais poder aos estudantes a administração da escola. No momento de encararmos nós mesmos – nosso

terrível eu – em seus olhos, nós pensamos (e você poderia pensar hoje) “talvez eu seja um criminoso, talvez estejamos destruindo a comunidade acadêmica. “Então, você pensa... “Nahh”.

O resultado foi que eles se retiraram de nós e nós deles, uma retirada que foi dolorosa, mas nunca concluída, porque estávamos ligados uns aos outros, querendo ou não, mesmo quando estávamos mais irritados com eles. Eu penso que tínhamos razão em estar com raiva, bem como estávamos com dor. Como ficou mais intensa, os que eram malvados se tornaram cada vez mais malvados, e os que eram tímidos se tornaram cada vez mais tímidos. Aqueles que eram da faculdade júnior que eram tímidos, mas bravos, apesar de si mesmos, ou simplesmente corajosos, se machucaram, às vezes seriamente, talvez eles tenham tido suas posses negadas, porque eles tentaram proteger-nos de uma forma ou de outra, e isso ainda não é esquecido. Às vezes parecia que os malvados – ou talvez apenas aqueles cuja maldade prejudicasse mais – eram aqueles que tinham a confiança inconsciente de que eram iluminados. Progressismo americano.

Eles foram os únicos que disseram: “Quem vocês pensam que são? Camponeses bolivianos? Você são estudantes de direito de Yale”. Foi complicado, a sensação de ser humilhado por um privilégio, por uma pessoa que era incrivelmente mais privilegiada, uma pessoa dizendo-lhe: “Porque vocês são privilegiados que vocês tem que fazer tudo o que eu digo.”

Nós não fizemos o que eles disseram, ao invés disso, apesar de nós pensarmos que aprendemos com nossas tensões e conversas decepcionantes com eles, agora nós, minha geração, somos eles. Nós somos o corpo docente que no passado eram outras cerdas, envergonhados, encurralados, hipócritas, e com uma mente muitas vezes confusa na argumentação quando os estudantes da graduação nos dizem coisas deste tipo para “eles”, nos nossos dias.

Uma de suas funções mais básicas como estudantes de graduação é o de reviver o senso moral de seus interlocutores do corpo docente, mantendo-os e pressionando-os e nem mesmo por um minuto deixar-se ser levado de volta para a sensação de que talvez vocês estejam sendo uma criança má e talvez vocês estivessem errados desde o início.

Nisto, os ativistas de hoje do sindicato de estudantes de graduação são mais parecidos com os militantes do movimento trabalhista americano do que quando apareceram pela primeira vez. Uma boa parte da luta, o tempo todo, tem sido contra a parte de nós que responde com medo e passividade não apenas às ameaças materiais, mas às ameaças à legitimidade do patrão, o mestre dos aprendizes. Superar isso, através do tipo de ações que os corajosos membros do GESO tem tomado, é para mim o que é redentor no momento da junção do trabalho organizado, não menos hoje que a cem anos atrás.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A comida fica na cozinha: tudo que eu precisava saber sobre a interpretação de um estatuto eu aprendi quando tinha 9 anos

Hillel Y. Levin

Tradução de Jefferson Carús Guedes

Ana Caroline Pereira Lima

Thiago Santos Aguiar de Pádua

A comida fica na cozinha: tudo que eu precisava saber sobre a interpretação de um estatuto eu aprendi quando tinha 9 anos¹

Hillel Y. Levin*

Tradução de Jefferson Carús Guedes**

Ana Caroline Pereira Lima***

Thiago Santos Aguiar de Pádua****

Em 23 de março de 1986 a seguinte proclamação, a partir de então conhecida como Regulamento 7.3, foi feita pela “Suprema Criadora do Direito”, Mamãe:

Eu estou cansada de encontrar milho de pipoca, migalhas de pretzel e pedaços de cereal por toda a sala de estar. De agora em diante, nenhuma comida pode ser ingerida fora da cozinha.

A partir de então nasceram os litígios.

Papai, P.C.², emitiu a seguinte decisão em 30 de março de 1986:

A acusada Anne, de 14 anos, foi vista carregando um copo com água para a sala de estar. Ela foi acusada de violar o Regulamento 7.3 (“a Regra”). Sustentamos que beber água fora da cozinha não viola o Regulamento.

O Regulamento proíbe que a “comida” seja ingerida fora da cozinha. Esta proibição não se aplica a água, que é considerada bebida ao invés de comida. Nossa interpretação é confirmada pelo dicionário Webster, que define o significado de comida, no que importa, como “material consistente essencialmente de proteína, carboidrato e gordura utilizada pelo corpo de um organismo para manter o crescimento, reparar o processo vital e fornecer energia” e “nutrição em forma sólida”. Claramente, água, que não contém proteína, carboidrato ou gordura e que não é forma sólida, não é comida.

¹ Publicado originalmente na revista “12 Green Bag 2d 337 (2009)” com o título original: “*The Food Stays in the Kitchen. Everything I Needed to Know About Statutory Interpretation I Learned by the Time I Was Nine*”. Foi traduzido para o português pelos tradutores referidos nas notas abaixo, com o consentimento do autor. Pedido de autorização enviado em 23.05.2014 e resposta autorizativa enviada em 23.05.2014.

² NT: Preservando ao máximo estilo do original, que utiliza as conhecidas iniciais C.J. para “Chief Justice”, utilizamos as iniciais P.C para “Presidente da Corte”.

Recebido em 01/06/2014

Aprovado em 01/06/2014

Artigo convidado

* Doutor em Direito (J.D., *Juris Doctor*) pela Universidade de Yale e Bacharel em História pela Universidade de Yeshiva, é professor de Processo Civil, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Legislação da Faculdade de Direito da Universidade da Geórgia, tendo sido instrutor na Universidade de Stanford. Recebeu em 2013 o prêmio Ronald Ellington pela excelência no ensino, tendo ainda assessorado o Juiz Thomas J. Meskill na Corte de Apelações dos Estados Unidos (Segundo Circuito), e assessorado também o Juiz Robert N. Chatigny na Corte Distrital dos Estados Unidos (Distrito de Connecticut).

** Professor do programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP). Advogado da União.

*** Mestranda em Direito (UniCEUB), Pesquisadora-Discente do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Advogada.

**** Mestrando em Direito (UniCEUB), Pesquisador-Discente do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Bolsista da CAPES. Advogado.

Imagem 1 - A “Suprema Criadora do Direito”, Mamãe, fotografada em 1983 com os cidadãos da jurisdição que mais tarde se tornariam os inúmeros acusados na série de casos sobre o Regulamento 7.3 aqui relatados: Anne, Beatrice, Charlie e Derek (em ordem decrescente de altura).



Fonte: arquivo pessoal do autor.

Um uso costumeiro mais antigo subsidia nossa distinção entre “comida” e água. O Regulamento 6.2, expedido pela mesmíssima “Suprema Criadora do Direito”, declara: “[d]epois que chegarem da escola, em casa, peguem algo para comer e para beber, e então façam sua lição de casa”. Isso demonstra que a “Suprema Criadora do Direito” fala de comida e bebida separadamente e é completamente capaz de identificar um ou ambos como apropriados. Depois de tudo, se a expressão “comida”, como utilizada no Código da Família incluir o termo beber, então a palavra “bebida” no Regulamento 6.2 seria redundante e desnecessária. Assim, se a “Suprema Criadora do Direito” tivesse querido proibir o ato de beber fora da cozinha, ela poderia facilmente ter feito isto declarando que “nenhuma comida ou bebida podem ser ingeridos fora da cozinha”.

Nossa compreensão de que a palavra “comida” deve excluir o termo água é ainda mais reforçado pelo evidente propósito da Regra. A “Suprema Criadora do Direito” decretou a regra como uma resposta para a bagunça produzida por comidas sólidas. Água, mesmo quando derramada, não produz um tipo de bagunça similar.

Alguém pode objetar que o copo no qual a acusada estava bebendo poderia causar por si mesmo uma bagunça, caso fosse deixado na sala de estar. Mas não estamos convencidos. A linguagem da Regra menciona a concepção da “Suprema Criadora do Direito” sobre pequenos farelos de comida ao invés de generalizar também para os compartimentos em que os alimentos são colocados. Um copo ou outro recipiente possuem uma maior semelhança com outros tipos de bricabraque, como brinquedos e mochilas, sobre os quais a Regra nada fala, do que com a comida mencionada na Regra. Embora não seja preciso adivinhar as razões da “Suprema Criadora do Direito” para esta distinção, existem pelo menos duas explicações plausíveis. Primeiro, pode ser que pequenas partículas de comida espalhadas pela casa sejam mais problemáticas do que copos e tigelas espalhados, porque elas entram em locais difíceis de encontrar e podem levar a uma infestação de roedores. Segundo, é possível que a “Suprema Criadora do Direito” esteja despreocupada com recipientes deixados na sala de estar porque os cidadãos desta jurisdição tem sido cuidadosos em remover tais recipientes.

A babá Sue, Juíza, emitiu a seguinte decisão em 12 de abril de 1986:

A requerida Beatrice, de 12 anos, é acusada de violação do Regulamento 7.3, por ingerir uma bebida que continha: suco de laranja, na sala de estar.

A requerida fia-se em nossa decisão anterior de 30 de março de 1986, que “Sustent[a] que beber água fora da cozinha não viola [o Regulamento]”, e nos concita a concluir que todas as bebidas são permitidas na sala de estar a partir do Regulamento 7.3. Enquanto acreditamos que este seja um caso difícil, nós concordamos. Como dissemos antes, o termo “comida” não se estende a bebidas.

Nossa hesitação não vem do significado literal do Regulamento, que fortemente suporta os clamores da acusada, mas de um entendimento sobre seus propósitos. Como dissemos previamente, e como evidenciado pela linguagem do Regulamento em si mesmo, ele foi elaborado a partir da concepção da “Suprema Criadora do Direito” sobre a bagunça. Diferentemente do caso com a água, se a acusada derramar suco de laranja no sofá ou no tapete da sala de estar, a bagunça será problemática - talvez até mais ainda do que a bagunça produzida por pedaços de comida. É difícil inferir o porquê de a “Suprema Criadora do Direito” escolher proibir comidas sólidas fora da cozinha e ter permitido suco de laranja.

Contudo, estamos atados pela linguagem do Regulamento e pelo precedente. Estamos seguros de que se a “Suprema Criadora do Direito” discordar da solução deste caso, ela poderá mudar ou tornar mais clara a conformação do direito.

Vovó, Juíza Decana, emitiu a seguinte decisão em 3 de maio de 1986:

O requerido Charlie, de 10 anos, é acusado da violação do Regulamento 7.3, por comer pipoca na sala de estar. O requerido contesta, e nós concordamos, que o Regulamento não se aplica neste caso.

O Regulamento 7.3 foi promulgado para evitar bagunças fora da cozinha. Este propósito é demonstrado pela linguagem do próprio Regulamento, que se refere a comida ser deixada “fora da sala de estar”, como causa imediata de sua adoção.

Tal bagunça é produzida apenas quando alguém transporta comida de um compartimento para sua boca fora da cozinha. Durante este processo - ao qual o Regulamento se refere como “com[endo]” - migalhas e outras partículas de comida muitas vezes caem das mãos do alimentando no chão ou no sofá.

Como as provas demonstram, o acusado colocou toda a pipoca em sua boca antes de sair da cozinha. Ele apenas mastigou e engoliu enquanto estava na sala de estar. Em nenhum momento houve qualquer perigo de produção de bagunça.

Estamos seguros de que não houve a intenção de se proibir a mera mastigação ou a deglutição da comida fora da cozinha. Depois de tudo, a “Suprema Criadora do Direito” tem expressamente permitido a mastigação de goma de mascar na sala de estar. Seria de uma falta de sentido e um absurdo tratar goma de mascar diferentemente de pipoca que fora ingerida antes de sair da cozinha.

Se apoio textual é necessário para dar suporte a esta interpretação óbvia e de senso comum, bastante apoio está disponível. Primeiro, o Regulamento proíbe comida de ser “ingerida” fora da cozinha. O termo “comer” é definido com o significado de “colocar comida pela boca: ingerir, mastigar e por sua vez engolir”. O acusado tendo apenas mastigado e engolido, não “comeu”. E mais, o Regulamento proíbe o ato de “comer[endo]” ao invés de “trazendo” comida pra fora da cozinha; e de fato, a comida é bastante levada para fora da cozinha e através da sala de estar, assim como lanches nas escolas são entregues pela porta da frente por caronas. Não há nenhuma razão para tratar de maneira diferente a comida encapsulada em sacola marrom, da comida encapsulada na boca do acusado.

Finalmente, se alguma dúvida havia sobre o significado do Regulamento em termos de permissão para mastigar e engolir a comida, nós não podemos punir o acusado por agir razoavelmente e que de boa-fé confiou no texto do Regulamento e em nossos pronunciamentos passados sobre seu significado e intenção.

Tio Rick, Juiz, emitiu a seguinte decisão em 20 de maio de 1986:

O requerido Charlie, de 10 anos, é acusado de violar o Regulamento 7.3 (“a Regra”), por trazer para a sala de estar um milk-shake especial duplo.

Se eu estivesse escrevendo em uma lousa em branco, eu certamente concluiria que o acusado violou a Regra. Um milk-shake especial duplo é “comida” porque contém proteína, carboidrato, e/ou gordura. Mais do que isso, o propósito da Regra - prevenir bagunça - seria minado pela permissão de levar para a sala de estar um milk-shake especial duplo. De fato, faria pouco sentido tratar um milk-shake diferentemente de um pretzel ou de uma colher de sorvete.

Contudo, eu não estou escrevendo em uma lousa em branco. Nossos precedentes tem agora estabelecido que todas as bebidas são permitidas fora da cozinha a partir da Regra. O acusado acreditou nestes precedentes de boa-fé. Mais do que isso, a “Suprema Criadora do Direito” teve ampla oportunidade para esclarecer ou modificar o direito com vistas a proibir qualquer tipo de bebida de serem levadas para fora da cozinha, e ela escolheu não exercer esta autoridade. Eu somente posso concluir que ela esteja satisfeita com o *status quo*.

Vovó, Juíza Decana, emitiu a seguinte decisão em 2 de julho de 1986:

A requerida Anne, de 14 anos, é acusada de violar o Regulamento 7.3, por comer fatias de maçã na sala de estar. Como temos repetidamente sustentado, o Regulamento se aplica apenas a comidas bagunceiras. Além disso, o Regulamento explicitamente se refere a “milhos de pipoca, migalhas de pretzel e pedaços de cereal”. Fatias de maçã, não sendo “bagunceiras” (e certamente não sendo pior do que suco de laranja e milk-shakes, que foram permitidos por nossas decisões anteriores), e sendo totalmente distintos de farelos de comida listados no Regulamento, não se aproximam do seu sentido.

Também achamos significativo que o consumo de alimentos saudáveis como fatias de maçã é um comportamento que esta jurisdição apoia e encoraja. Seria curioso ler o Regulamento de uma maneira que desencorajasse tais comportamentos saudáveis, limitando-os à cozinha.

Tia Sarah, Juíza, emitiu a seguinte decisão em 12 de agosto de 1986:

A requerida Beatrice, de 13 anos, é acusada de violar o Regulamento 7.3, por comer pretzels, pipoca, cereal e bolo de aniversário na sala de estar. Em circunstâncias ordinárias, a acusada estaria claramente sujeita ao Regulamento. Entretanto, as circunstâncias que motivaram o ato da acusada neste caso estão longe de serem ordinárias.

A demandada celebrou seu décimo terceiro aniversário em 10 de agosto de 1986. Para a comemoração ela convidou quatro de seus amigos mais íntimos para dormirem lá. Durante a noite, e como parte das festividades, os celebrantes assistiram a um filme na sala de estar. O presidente da Corte, Papai, providenciou aos presentes: bebidas, salgados, incluindo os já mencionados pretzels, pipoca e cereal para consumo durante o filme. Papai admoestou a acusada para que realizasse a limpeza após o filme, e não há evidência nas provas que sugeriram que a acusada não tenha feito isso.

Nós francamente reconhecemos que a ação da acusada violou o claro entendimento do Regulamento. Entretanto, dadas as únicas e especiais circunstâncias, o fato de Papai, um representante da “Suprema Fazedora do Direito” - assim como desta Corte - implicitamente ter aprovado as ações da acusada, e os aparentes esforços da acusada em apoiar o espírito do Regulamento pela limpeza depois de seus amigos, nos faz acreditar que o melhor curso de ação é liberar a acusada.

À luz da crescente confusão na interpretação deste ambíguo Regulamento, nós concitamos que a “Suprema Criadora do Direito” exerça sua autoridade para clarificar e/ou modificar o direito se/e como ela achar necessário.

Papai, Presidente da Corte, emitiu a seguinte decisão em 17 de setembro de 1986:

O requerido Derek, de 9 anos, foi acusado de violar o Regulamento 7.3 (“a Regra”) por comer pretzels, batata chips, pipoca, bagel com creme de queijo, queijo Cottage e uma barra de chocolate na sala de estar.

O acusado alega que nossos precedentes teriam claramente estabelecido um padrão de comida permitida a serem consumidas na sala de estar, desde que a pessoa limpe a bagunça. Ele ainda alega que seria perverso para esta Corte puni-lo após haver permitido ações passadas como beber água, suco de laranja e milk-shake, bem como engolir pipoca, comer fatias de maçã e comer pretzels, pipoca e cereal em uma ocasião especial. O acusado afirma que não há distinção racional entre a sua irmã comer na sala de estar durante um filme em uma ocasião especial e ele comer na sala de estar durante um programa semanal de TV.

Nós concordamos. Os cidadãos desta jurisdição olham para as decisões desta Corte, bem como para a prática geral com vistas a entender seus direitos e obrigações como cidadãos. Durante os vários meses desde que a Regra foi originalmente enunciada, as cumulativas decisões desta Corte sobre ela devem significar para qualquer cidadão que, qualquer que seja a linguagem técnica da Regra, a Regra verdadeira é aquela que diz que eles devem limpar depois de comer qualquer tipo de comida fora da cozinha. Desenhar e executar qualquer outra linha agora seria arbitrário e, também, injusto.

Em 4 de novembro de 1986, a seguinte proclamação, a partir de então conhecida como Regulamento 7.3, foi feita pela “Suprema Criadora do Direito”, Mamãe:

Passados alguns meses, eu encontrei copos vazios, manchas de suco de laranja, milk-shake derramado, manchas viscosas de origem desconhecida, todo tipo de migalhas, chocolate derretido e glêacê de bolo na sala de estar. Eu pensei ter sido clara da primeira vez! E vocês tiveram a chance de me mostrar que poderiam ter usado bom senso e limpar tudo depois. Então agora deixem-me ser mais clara: Nenhuma comida é permitida na sala de estar: goma, bebida de qualquer espécie, em nenhuma ocasião e de nenhuma forma. Jamais. Falo muito sério.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Políticas públicas: uma contribuição sucinta à edificação de um modelo para sua análise

Public policy: a brief contribution to the construction of a model for its analysis

Victor Manuel Barbosa Vicente

Políticas públicas: uma contribuição sucinta à edificação de um modelo para sua análise

Public policy: a brief contribution to the construction of a model for its analysis

Victor Manuel Barbosa Vicente*

Resumo

Apesar do aumento do envolvimento dos governos com políticas públicas e da evolução considerável da produção acadêmica sobre políticas públicas desde os pioneiros esforços de teorização e “modelização” dos seus “pais fundadores”, suas formulações iniciais continuam a influenciar a literatura teórica, as pesquisas empíricas e os métodos de análise que caracterizam a produção acadêmica contemporânea sobre políticas públicas. A partir dessas formulações iniciais, vários modelos explicativos, especialmente, os da vertente neoinstitucionalista foram desenvolvidos para se entender melhor como e por que o governo faz ou deixa de fazer alguma ação que repercutirá na vida dos cidadãos. Este artigo examina alguns modelos que podem ser emprestados para a análise das políticas públicas formuladas por diferentes governos. Neste artigo quatro modelos analíticos foram examinados: *Análise Institucional*, *Rede de Políticas Públicas*, *Fluxos Múltiplos*, e a *Advocacy Coalition Framework*. Essas abordagens foram consideradas por sua coerência interna e aplicabilidade no estudo de políticas públicas.

Palavras-chave: Políticas públicas. Modelos de análise de políticas públicas. Governo.

Abstract

Despite increased government involvement with public policy and the evolution of considerable scholarship on public policy since the pioneering efforts of theorizing and “modeling” of its “founders”, its initial formulations continue to influence the theoretical literature, empirical research and methods of analysis that characterize contemporary scholarship on public policy. From these initial formulations, several explanatory models, especially the neo-institutionalist strand were developed to better understand how and why the government does or does not do some action that will reverberate in the lives of citizens. This article examines some models that can be borrowed for the analysis of public policies formulated by different governments. In this paper four analytical models were examined: Institutional Analysis, Policy Network, Multiple Streams, and the Advocacy Coalition Framework. These approaches were considered for his internal consistency and applicability in the study of public policy.

Keywords: Public policies. Models of policy analysis. Government.

Recebido em 07/02/2014

Aprovado em 01/06/2014

* Possui Graduação, Mestrado e Doutorado em administração pela Universidade de Brasília. Professor efetivo Adjunto “A” nível 1 da Universidade Federal de Uberlândia e pesquisador voluntário junto ao Centro de Estudos Avançados de Governo e Administração Pública da Universidade de Brasília (CEAG-UnB). E-mail: victorvicente.unb@gmail.com

1 Introdução

A emergência, relativamente recente, da pesquisa em políticas públicas no Brasil e a popularização do tema requerem um esforço para tornar mais claras algumas questões a ela relacionadas. Esse esforço é também necessário porque a literatura sobre políticas públicas tem sido pouco traduzida no Brasil, assim como sua aplicação empírica ainda é relativamente escassa, inclusive nos trabalhos acadêmicos¹. Na tentativa de suprir essas lacunas, além de introduzir algumas temáticas presentes na agenda de pesquisa em políticas públicas esta apresentação traz uma síntese das principais questões relacionadas à pesquisa em políticas públicas e discute, embora muito sucinta, a influência da literatura neo-institucionalista na área de políticas públicas, com referências à contribuição teórica dos *Modelos de Coalizões de Defesa, de Múltiplas Correntes, da Análise Institucional e de Redes de Políticas Públicas*.

O artigo aqui apresentado reflete a riqueza e as possibilidades investigativas que a análise de políticas públicas oferece ao pesquisador. Ao examinar o “governo em ação” e ao buscar entender por que e como as ações dos governos tomam certo rumo em lugar de outro, assim como os resultados das políticas governamentais, o autor deste artigo dá sua contribuição para avançarmos na agenda de pesquisa em políticas públicas que começa a tomar impulso nos trabalhos acadêmicos que se realizam no Brasil.

2 Políticas públicas: alguns modelos para sua análise

Um complicado desafio na formulação de políticas públicas é o de identificar com clareza quais os atores atuam no processo de formulação e de tomada de decisão e que grupos e/ou interesses esses grupos representam. Além disso, entender (1) as interações institucionais no macro-ambiente da administração pública, (2) o papel das alianças entre atores –instituições e indivíduos - numa área comum de atuação política, (3) as formas de assegurar legitimidade das instituições envolvidas nessas interações perante seus respectivos públicos e, por fim, (4) a complexidade que o entendimento de situações de mudança trazem à atuação do Poder Público são passos fundamentais para a melhor compreensão de processos políticos e de mudanças na administração pública em qualquer nível de governo. Nesse sentido a *perspectiva institucional* sob o enfoque neo-institucionalista pode contribuir para a análise.

2.1 A análise institucional

“Assumir uma perspectiva institucional”, conforme ressalta Scott² (1995a, p. xiii), “é enfatizar a importância de elementos psicológicos, sociais e políticos no estudo dos fenômenos sociais, em geral, e organizacionais, em específico”. Desse modo ressalta-se a relevância das organizações e de empreendedores como agentes de mudanças institucionais. O agente da mudança é o indivíduo empreendedor que responde aos incentivos incorporados no modelo institucional³

Essas contribuições da perspectiva institucional são recentes nos estudos da administração pública e das organizações, Apesar disso, registram-se contribuições da Economia, da Ciência Política e da Sociologia, a abordagem institucional, datando as primeiras reflexões dos idos de 1880 com os primeiros

1 ARRETCHE, M. Dossiê agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, p.7-9, 2003.
FARIA, C. A. P. Idéias, conhecimento e políticas públicas: um inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 21-30, 2003.
REIS, E. Reflexões leigas para a formulação de uma agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 11-14, 2003.
SOUZA, C. Políticas Públicas: questões temáticas e de pesquisa. *Caderno CRH*, Salvador, n. 39, p. 11-24, jul./dez. 2003.

2 SCOTT, W. R. *Institutions and organizations*. Thousand Oak: Sage, 1995a.

3 NORTH, D. C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

“institucionalistas”, até a metade do século vinte, quando surge o corpo de idéias que virá a ser chamado de “Novo Institucionalismo”.⁴

A Nova Economia Institucional retoma a preocupação com temas relacionados ao comportamento de atores individuais, como a racionalidade limitada e o oportunismo, além de outros que também influenciam o comportamento das instituições, como os custos de transação, relações contratuais, estruturas de governança e direitos de propriedade.⁵

No que concerne à Ciência Política, tendo por base o direito constitucional e a filosofia moral, o institucionalismo inicialmente se preocupou com as estruturas formais e os sistemas legais, utilizando uma abordagem histórica descritiva⁶

Pesquisadores do assunto que “a partir da década de 1950 acrescentam-se aos estudos empíricos realizados no campo das organizações, sob os enfoques estrutural e comportamental, as contribuições da perspectiva institucional”.⁷

No que concerne às primeiras aplicações da abordagem institucionalista à organização, destacam-se três centros de produção de idéias americanos, a saber: *Columbia University*, com Merton, Selznick e Stinchcombe; *Harvard*, com Parsons e *Carnegie Institute of Technology*, com Simon e March⁸. E Philip Selznick é considerado como precursor da perspectiva institucional⁹, por:

introduzir as bases de um modelo institucional e interpretar as organizações como uma ‘expressão estrutural da ação racional’ que, ao longo do tempo, são sujeitas às pressões do ambiente social e se transformam em sistemas orgânicos¹⁰

A abordagem institucional é apontada na literatura especializada como tentativa de contestar e se contrapor ao modelo racionalista funcionalista e seu foco nas exigências técnicas dos processos gerenciais e produtivos, ao voltar à atenção para o exame dos elementos de redes relacionais e de sistemas culturais que modelam e sustentam a estrutura e a ação das organizações.¹¹ De acordo com Christensen

Passados mais de duas décadas a teoria neo-institucional tem desafiado a dominante interpretação funcionalista das organizações e tem se tornado numa das mais criativas e promissoras paradigmas nas ciências sociais [...] tendo emergido como um poderoso paradigma nas ciências sociais, que tem levado a uma nova compreensão da função dos significados na produção e reprodução de práticas sociais não somente na análise organizacional, mas também para o estudo das políticas públicas, educação, e estratégia e negócios.¹²

4 SCOTT, W. R. *Institutions and organizations*. Thousand Oak: Sage, 1995a.

5 WILLIAMSON, O. E. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. *Journal of Economic Literature*, v. 38, n. 3, 2000.

6 SCOTT, W. R. *Institutions and organizations*. Thousand Oak: Sage, 1995a.

7 CARVALHO, C. A. P.; VIEIRA, M. M. F. Contribuições da Perspectiva Institucional para Análise das Organizações: possibilidades teóricas, empíricas e de aplicação. In: CARVALHO, C. A. P.; VIEIRA, M. M. F. (Org.). *Organizações, cultura e desenvolvimento local: a agenda de pesquisa do observatório da realidade organizacional*. Recife: UFPE, 2003. p. 23

8 SCOTT, W. R. *Institutions and organizations*. Thousand Oak: Sage, 1995a.

9 FACHIN, R. C.; MENDONÇA, J. R. C. de. Selznick: uma visão da vida e da obra do precursor da perspectiva institucional na teoria organizacional. In: VIEIRA, M. M. F.; CARVALHO, C. A. (Org.) *Organizações, instituições e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

10 CARVALHO, C. A. P.; VIEIRA, M. M. F. Contribuições da Perspectiva Institucional para Análise das Organizações: Possibilidades Teóricas, Empíricas e de Aplicação. In: CARVALHO, C. A. P.; VIEIRA, M. M. F. (Org.). *Organizações, cultura e desenvolvimento local: a agenda de pesquisa do observatório da realidade organizacional*. Recife: UFPE, 2003.p.23.

11 FONSECA, V. S. da. A abordagem institucional nos estudos organizacionais: bases conceituais e desenvolvimentos contemporâneos. In VIEIRA, M. M. F.; CARVALHO, C. A. (Org.). *Organizações, instituições e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

12 CHRISTENSEN, S. et al. Actors and Institutions. *The American behavioral Scientist*, v. 40, n.4, 1997. p.1

Compreender o processo de institucionalização e aquilo que o legitima é o principal foco de análise da teoria institucional em seu pilar sociológico.¹³

Por isso a análise de processos de mudança no campo da administração pública pode se beneficiar da inclusão do tema da legitimidade¹⁴ entendida como “uma percepção ou suposição generalizada de que as ações de uma entidade são desejáveis, próprias ou apropriadas dentro de algum sistema de normas, valores, crenças e definições socialmente construído”¹⁵, em sua relação com a estabilidade e permanência dessas mudanças. Pois a tradição da análise das políticas públicas ainda segue, predominantemente, abordagens racionalistas, desconsiderando a dimensão simbólica, elementos ambientais, aspectos culturais e cognitivos, valores compartilhados no ambiente. A inclusão desses aspectos permitiria superar a limitação da análise a dimensões instrumentais e operacionais¹⁶.

Além disso, adotando uma visão menos determinista do ambiente, se pode utilizar a análise de processos de institucionalização como indicativo para a construção de estratégias e políticas futuras¹⁷.

Desta forma a análise institucional sob o “guarda chuva” do novo institucionalismo busca explicar por que as organizações surgem, tornam-se estáveis ou são transformadas¹⁸, bem como as formas como a ação e a cultura são estruturadas nas organizações.¹⁹

Destaca-se, portanto, que as raízes teóricas desta perspectiva se originam no trabalho de Meyer e Rowan de 1991, onde surgiu o interesse de vários autores na sociologia em explicar os papéis simbólicos das estruturas formais. Entretanto, o novo institucionalismo não é um corpo de conhecimento único; ao contrário, é composto por três diferentes perspectivas analíticas: institucionalismo histórico, institucionalismo da escolha racional e institucionalismo sociológico²⁰. Os autores buscam explorar o conjunto de relações existentes entre as instituições e seu comportamento, bem como a explicação dos processos pelos quais as organizações se originam ou se modificam nas diferentes perspectivas: histórica, racional e sociológica.

O ramo sociológico é o que oferece, em nossa visão, as bases para a compreensão do processo e do grau de institucionalização, pois as práticas ou atividades seriam incorporadas às organizações, não necessariamente porque aumentariam sua eficácia abstrata (em termos de fins e meios), mas em consequência do mesmo tipo de processo de transmissão que dá origem às práticas culturais em geral²¹. Para Ficher o institucionalismo cultural ou sociológico com a sua ênfase em valores, normas, e crenças, dá ênfase a construção social do significado e “como grupos de interesses, políticos, e administradores decidem suas preferências políticas”²².

Desse modo, mesmo a prática aparentemente mais burocrática deveria ser explicada nesses termos culturalistas. Ainda segundo Hall e Taylor

13 SCOTT, W. R. *Institutions and organizations*. Thousand Oak: Sage, 1995a.

14 OLIVEIRA, R. P.; MISOCZKY, M. C. O processo de institucionalização do parque natural morro do osso. In: ENCONTRO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNANÇA, 1., 2004, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro, 2004.

15 SUCHMAN, M.C. Managing Legitimacy: strategic and institutional approaches. *Academy Management Review*, v. 20, n.3, jul. 1995. p. 574

16 OLIVEIRA, R. P.; MISOCZKY, M. C. O processo de institucionalização do parque natural morro do osso. In: ENCONTRO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNANÇA, 1., 2004, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro, 2004.

17 OLIVEIRA, R. P.; MISOCZKY, M. C. O processo de institucionalização do parque natural morro do osso. In: ENCONTRO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNANÇA, 1., 2004, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro, 2004.

18 FLIGSTEIN, N. *Fields, power, and social skill: a critical analysis of the new institutionalism*. Berkeley: University of Califórnia, 1999.

19 DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and collective rationality in organizational fields. In: DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. *The new institutionalism in organizational analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

20 HALL P. A.; TAYLOR R. C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 58, 2003.

21 HALL P. A.; TAYLOR R. C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 58, 2003.

22 FISCHER, F. *Reframing public policy: discursive politics and deliberative practices*. New York: Oxford University Press, 2003.

Sob esse aspecto, ele reflete uma virada cognitivista no próprio seio da Sociologia, que consiste em afastar-se de concepções que associam a cultura às normas, às atitudes afetivas e aos valores, para aproximar-se de uma concepção que considera a cultura como uma rede de hábitos, de símbolos e de cenários que fornecem modelos de comportamentos²³.

Assim o neo-institucionalismo começou a sustentar que muitas das formas e dos procedimentos institucionais utilizados pelas organizações modernas não eram adotadas simplesmente porque fossem as mais eficazes tendo em vista as tarefas a cumprir, como implica a noção de uma “racionalidade” transcendente. Segundo eles, essas formas e procedimentos deveriam ser considerados como práticas culturais, comparáveis aos mitos e às cerimônias elaborados por numerosas sociedades.²⁴

Na visão de outros pesquisadores o novo institucionalismo apresenta dois rumos, um predominantemente cognitivista, que busca revelar no processo de institucionalização a tendência à repetição de significados sociais e outro que admite a possibilidade de que instituições adquiram também aspecto formal, crescentemente externo e desconectado de qualquer significado original. Parece possível reconhecer que a perspectiva predominantemente cognitivista de institucionalização passou a admitir as instituições como determinantes da ação (comportamento e significado), enquanto a perspectiva intermediária manteve ainda entendimento mais próximo ao de Selznick no tocante ao papel social das estruturas e processos institucionalizados.²⁵

Já na década de 90 a perspectiva institucionalista em organizações caminhou para uma abordagem mais abrangente que, reconhecendo a centralidade dos processos cognitivos, também enfatiza a importância dos padrões socialmente construídos, que adquirem caráter objetivado em amplos sistemas sociais e podem passar a exercer certa força coercitiva ou de homogeneização sobre as organizações.²⁶

O novo institucionalismo surgiu destacando “o papel das normas culturais e dos elementos do amplo contexto institucional, como as normas profissionais e a ação do Estado na construção de estruturas e processos organizacionais”.²⁷

Para Paul Dimaggio e Walter Powel

O novo institucionalismo na teoria das organizações e sociologia compreende uma rejeição dos modelos de atores racionais, um interesse nas instituições como variáveis independentes, uma virada para interpretações cognitivas e culturais, e um interesse em propriedades de unidades análises supra individual que não podem ser reduzidos a conseqüências diretas dos atributos ou motivos individuais²⁸.

No paradigma neoinstitucionalista “mudanças nas organizações sociais guardam relação de dependência com mudanças no ambiente institucional”²⁹ e freqüentemente as tentativas para mudar

23 HALL P. A.; TAYLOR R. C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 58, 2003. p. 209

24 HALL P. A.; TAYLOR R. C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 58, 2003.

25 CRUBELLATE, J. M.; GRAVE, P. S.; MENDES, A. A. A questão institucional e suas implicações para o pensamento estratégico. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 8, 2004.

26 DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and collective rationality in organizational fields. In: DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. *The new institutionalism in organizational analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

SCOTT, W. R. *Institutions and organizations*. Thousand Oak: Sage, 1995a.

27 MENDONÇA, J. R. C. de.; ANDRADE, J. A. Gerenciamento de Impressões: em busca de legitimidade organizacional. *Revista de administração de empresas*, São Paulo, v. 43, n. 1, p. 17, jan./mar. 2003.

28 DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and collective rationality in organizational fields. In: DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. *The new institutionalism in organizational analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 8.

29 NEE, V.; INGRAM, P. Embeddedness and Beyond: Institutions, Exchange, and Social Structure. In: BRINTON, M.; NEE, V. (Ed.). *The new institutionalism in sociology*. New York: Russell Sage Foundation, 1998. p. 31.

ambientes institucionais refletem uma combinação de interesses econômicos e não-econômicos que precisam ser consideradas num processo de mudanças institucionais.³⁰

Da mesma forma “o neoinstitucionalismo está menos interessado em descrever estruturas formais e constituições, e mais em descobrir as estruturas imersas e “regras do jogo” que influenciam os comportamentos dos atores. No seu percurso sociológico novo institucionalismo investiga o papel dos elementos institucionais em definir valores, normas, interesses, identidades e crenças”³¹.

Segundo Schneiberg:

instituições representam modelos de ordem. Eles mudam quando choques externos acendem controvérsias que subvertem o caráter dado como certo da existência de sistemas e quando novos modelos se difundem através de setores ou atividades, abastecem desafidores com ferramentas retóricas para deslegitimar regimes. E quando os problemas afetam resultados, a resposta essencialmente depende de redes, políticas de estado e pessoas desafiadoras com capacidade para responder a modelos, mobilizar recursos e teorizar alternativas na direção que possam articular com a prevalência de sentimentos morais³².

A partir desta constatação teórica, pode-se afirmar que para tratar de mudanças institucionais sob o enfoque neoinstitucionalista precisa-se analisar alguns aspectos que a literatura considera fundamentais para sucesso num processo de mudança institucional nas organizações.

Mudanças institucionais são alterações nas normas que governam os relacionamentos interpessoais, forçam e facilitam comportamentos pela definição da estrutura de incentivos materiais e não materiais para indivíduos de um determinado grupo social.³³ Para Nielsen, “mudança institucional é visto como um processo de isomorfismo ou difusão por meio de mecanismos tais como pressões, para aparentar ação legitimado e normativo nos programas de mudança [...]”, mas é preciso que sejam tomadas cautelas quando se imprime mudanças em ambientes institucionais, pois punir por violações nas normas e regras formais implementadas acaba muitas das vezes impedindo a continuidade de interação entre os atores sociais numa determinada relação prejudicando mudanças importantes para a organização ou determinadas áreas governamentais³⁴. Tudo deve ser cuidadosamente negociado e articulado entre os diversos níveis de governo, entre organizações que compõem determinadas arenas, entre as chefias e os subordinados e etc.³⁵

Assim, mudanças institucionais nas organizações podem “produzir novos atores ou estratégias cujos interesses e realizações subvertem o sistema na qual a eficácia daqueles atores e estratégias repousam”³⁶.

Os conflitos nos processos de mudança institucional aparecem quando regras formais das organizações não estão alinhadas com os interesses dos empregados. Já quando regras formais das organizações refletem os interesses dos empregados ela será também consistente com normas informais que surgiram entre os empregados e incrustados na organização para promover e defender os mesmos interesses que foram legitimados pelos mesmos. Em resumo,

30 INGRAM, P.; CLAY, K. The Choice-within-Constraints New Institutionalism and Implications for Sociology. *Annual Review of Sociology*, v. 26, 2000.

31 LOWNDES, V. Varieties of new institutionalism: A critical appraisal. *Public Administration*, v. 74, 1996. p. 183

32 SCHNEIBERG, M. Combining new institutionalisms: Explaining institutional change in American Property Insurance. *Sociological Forum*, v. 20, n. 1, mar 2005.

33 NEE, V.; INGRAM, P. Embeddedness and Beyond: Institutions, Exchange, and Social Structure. In: BRINTON, M.; NEE, V. (Ed.). *The new institutionalism in sociology*. New York: Russell Sage Foundation, 1998. p. 19

34 NIELSEN, K. Institutional Approaches in the Social Sciences: Typology, Dialogue, and future Challenges. *Journal of Economics*, v. 35, n.2, Jun. 2001. p. 506.

35 NEE, V.; INGRAM, P. Embeddedness and Beyond: Institutions, Exchange, and Social Structure. In: BRINTON, M.; NEE, V. (Ed.). *The New Institutionalism in Sociology*. New York: Russell Sage Foundation, 1998.

36 SCHNEIBERG, M. Combining new institutionalisms: Explaining institutional change in American Property Insurance. *Sociological Forum*, v. 20, n. 1, p. 120, mar. 2005.

nas mudanças institucionais é preciso ter a congruência na interação entre as normas formais e informais dentro das organizações sociais³⁷.

Por isso todas as mudanças institucionais deverão ser provenientes dos seus atores organizacionais isto porque “é tendência desses atores aceitarem mudanças que são favoráveis às preferências e interesses que elencaram”³⁸.

Para certos tipos de organizações, particularmente aquelas que não estão num mercado competitivo ou delas não depende os seus resultados como é o caso do setor público, por exemplo, as regras formais da organização serão geralmente cerimoniais ou ritualizados designados para satisfazer os constituintes externos que insulam a organização com legitimidade. Independentemente desta estrutura formal cerimonial, normas informais surgirão para guiar o dia a dia dos negócios das organizações³⁹.

Para esses autores as “normas informais poderão evoluir para normas de oposição se as sanções institucionais e organizacionais são relativamente fracas para contraditar grupos de interesse”⁴⁰. Citando exemplo na economia quando os atores econômicos percebem a ineficiência do estado na regulação dos mercados ou ainda percebem que os seus interesses estão sendo prejudicados, normas de oposição emergem para organizar a economia informal.⁴¹

Assim, pode-se concluir que o neoinstitucionalismo introduz a possibilidade de regras, comportamentos e crenças do contexto organizacional engendrarem interpretações conflituosas da organização, de seu ambiente e das identidades de seus atores influenciando desta forma, a formulação de políticas públicas.⁴²

Outro aspecto relevante na análise institucional é a compreensão de conceitos como instituições e processos de institucionalização que têm sido definidos de diversas formas, em diferentes áreas do conhecimento. Selznick, o precursor dessa abordagem, chamou de processo de institucionalização a forma pela qual as expressões racionais da técnica são substituídas por expressões valorativas compartilhadas no ambiente onde a organização opera.⁴³

Hall e Taylor definem a instituição como os procedimentos, protocolos, normas e convenções oficiais e oficiosas inerentes à estrutura organizacional. Isso se estende das regras ou dos procedimentos habituais de funcionamento de uma organização.⁴⁴

Instituições são, portanto, definidas como “estruturas e atividades cognitivas, normativas e regulativas que provêm estabilidade e significado ao comportamento social”.⁴⁵ Da mesma forma para Victor Nee “uma instituição é definida como um sistema de inter-relações de elementos formais e informais – costumes, crenças compartilhadas, convenções, normas e regras – que governam relacionamentos sociais

37 NEE, V.; INGRAM, P. *Embeddedness and Beyond: Institutions, Exchange, and Social Structure*. In: BRINTON, M.; NEE, V. (Ed.). *The new institutionalism in sociology*. New York: Russell Sage Foundation, 1998.

38 NEE, V.; INGRAM, P. *Embeddedness and Beyond: Institutions, Exchange, and Social Structure*. In: BRINTON, M.; NEE, V. (Ed.). *The new institutionalism in sociology*. New York: Russell Sage Foundation, 1998. p.32.

39 NEE, V.; INGRAM, P. *Embeddedness and Beyond: Institutions, Exchange, and Social Structure*. In: BRINTON, M.; NEE, V. (Ed.). *The new institutionalism in sociology*. New York: Russell Sage Foundation, 1998.

40 NEE, V.; INGRAM, P. *Embeddedness and Beyond: Institutions, Exchange, and Social Structure*. In: BRINTON, M.; NEE, V. (Ed.). *The new institutionalism in sociology*. New York: Russell Sage Foundation, 1998. p. 35.

41 NEE, V.; INGRAM, P. *Embeddedness and Beyond: Institutions, Exchange, and Social Structure*. In: BRINTON, M.; NEE, V. (Ed.). *The new institutionalism in sociology*. New York: Russell Sage Foundation, 1998.

42 BEGGS, J. J. The institutional environment: Implications for race and gender inequality in the U.S labor market. *American Sociological Review*, v. 60, n.4, 1995.

43 VIEIRA, M.M.F.; MISOCZKY, C. Instituições e poder: explorando a possibilidade de transferências conceituais. In: VIEIRA, M.M.F.; CARVALHO, C. A. (Org.). *Organizações, cultura e desenvolvimento local: a agenda de pesquisa do observatório da realidade organizacional*. Recife: UFPE, 2003.

44 HALL P. A.; TAYLOR R. C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 58, 2003.

45 SCOTT, W. R. *Institutions and organizations*. Thousand Oak: Sage, 1995a. p.13.

dentro da qual atores buscam e fixam os limites para legitimação de interesses”.⁴⁶ Por outro lado as instituições “expressam como atores políticos definem seus interesses e [...] estruturam suas relações de poder para com outros grupos e são vistos como fatores significativos de coerção e mediação na política, na qual “deixam suas posições e marcas impressas”.⁴⁷

Para Meyer e Rowan, “institucionalização envolve o processo pelo qual processos sociais, obrigações ou fatos passam ao *status* de regra no pensamento e na ação social”.⁴⁸ Para Douglas North são as regras do jogo.⁴⁹

Na mesma linha esses mesmo autores conceitualizam as Instituições e as regras institucionalizadas como [...] “classificações construídas na sociedade como tipificações ou interpretações recíprocas. Tais regras podem simplesmente ser admitidas ou podem ser sustentadas pela opinião pública ou pela força da lei.”⁵⁰

Processo de institucionalização também é definido como “uma tipificação de ações tornadas habituais por tipos específicos de atores”⁵¹

Instituição é definida como uma estrutura ou atividade cognitiva, normativa ou reguladora que proporciona estabilidade e significado a um comportamento social. Segundo o mesmo autor, as instituições são “transportadas” por vários veículos, como culturas, estruturas e rotinas, que operam em múltiplos níveis de jurisdição.⁵²

Portanto, a instituição é o lugar onde se articulam, onde se falam as formas que assumem as determinações das relações sociais, assim como onde a ideologia é trabalhada permanentemente⁵³. Para Eugéne Henríquez

uma instituição visa a estabelecer um modo de regulamentação e tem por objetivo manter um estado, fazê-lo durar e assegurar a sua transmissão [...] é na instancia institucional que poderão verdadeiramente se expressar os fenômenos de poder e seus corolários: as leis escritas e as normas explícitas ou implícitas das condutas.⁵⁴

Ainda no que concerne à conceituação do termo instituição, registra-se a falta de consenso sobre o seu emprego, que para alguns se confunde com grandes e importantes associações, para outros se identifica com os efeitos ambientais, históricos ou culturais. A construção e interação social parecem representar um papel importante em todas as definições. Assim, a instituição é um procedimento organizado e estabelecido na forma de um sistema normativo constituído de rotinas auto reproduzidas, socialmente construídas. Enquanto instituição representa uma ordem ou padrão social que atingiu um determinado estado ou propriedade, institucionalização denota o processo que leva a esse estado.⁵⁵

46 NEE, V. The New Institutionalism in economics and sociology. *Economy & Society*, 2003. p. 23

47 THELEN, K.; STEINMO, S. Historical Institutionalism in Comparative Politics. In: STEINMO, S.; THELEN, K; LONGSTRETH, F. (Ed.). *Structuring politics: historical institutionalism in comparative analysis*. Cambridge: Cambridge University Press. 1992. p.1–32. p. 8

48 MEYER, J.W; ROWAN, B. Institutionalized organizations: formal structure as myth and ceremony. In: POWELL, W. W.; DIMAGGIO, P. J. *The new institutionalism in organizational analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 42

49 NORTH, D. Institutions. *The Journal of Economic Perspectives*, 1991.

50 MEYER, J.W; ROWAN, B. Institutionalized organizations: formal structure as myth and ceremony. In: POWELL, W. W.; DIMAGGIO, P. J. *The new institutionalism in organizational analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.p. 42

51 BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. *A Construção social da realidade*. tratado e sociologia do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 79
TOLBERT, P.S.; ZUCKER, L.G. A Institucionalização da teoria institucional. In: CLEGG, S. ;HARDY, C.; NORD, W. (Org.). *Handbook de Estudos Organizacionais, modelos de análise e novas questões em estudos organizacionais*. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1. p. 204.

52 SCOTT, W. R. *Institutions and organizations*. Thousand Oak: Sage, 1995a.

53 LAPASSADE, G.; LOURAU, R. *Chaves da sociologia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

54 HENRIQUEZ, E. Os diferentes níveis (ou instâncias) da análise das organizações. In: HENRIQUEZ, E. *A organização em análise*. Petrópolis: Vozes, 1997.p. 71

55 JEPPEPERSON, R. Institutions, institutional effects and institutionalism. In: POWELL, W.; DIMAGGIO, P. (Ed.) *The new institutionalism in organizational analysis*. Chigaco: University of Chicago Press, 1991.

Philip Selznick⁵⁶ afirma que “institucionalização é um processo. Algo que acontece a uma organização com o passar do tempo, refletindo sua história particular, o pessoal que nela trabalhou, os grupos que engloba com os diversos interesses que criaram, e a maneira como se adaptou ao ambiente”. Outro pesquisador define institucionalização como o processo de transformar crenças e ações em regras de conduta social, que, ao longo do tempo, por influência de mecanismos de aceitação e reprodução, tais regras tornam-se padrões e passam a ser encaradas como rotinas naturais, ou concepções amplamente compartilhadas da realidade.⁵⁷

Tais conceitos – instituição e institucionalização - seriam referentes a macro-padrões da estrutura social e atividades em torno de regras gerais, mas com um alto grau de incerteza sobre a natureza de tais regras. Portanto, arremata-se para dar um maior direcionamento à discussão, as seguintes definições⁵⁸:

Instituições: “regras culturais que dão significado e valor coletivos a entidades particulares e atividades, integrando-as a um contexto maior. Vemos ambos, padrões de atividade e as unidades envolvidas neles (indivíduos e outras entidades sociais), como construídas por essas regras mais amplas “.

Institucionalização: “é o processo por meio do qual um dado número de unidades e um padrão de atividades são mantidos de modo normativo e cognitivo em seus lugares, e praticamente assumidos como legítimos (seja a partir de uma lei formal, costume ou conhecimento)”.

W. Richard Scott, por sua vez, propõe uma definição mais complexa de “instituições que são sistemas simbólicos e de comportamento que contêm regras representativas, constitutivas e normativas, juntamente com mecanismos regulatórios que definem um sistema de significado comum e que dão origem a diferentes atores e rotinas de ação”. Instituições seriam, em decorrência dessa definição, “estruturas sociais multifacetadas e duráveis, feitas de elementos simbólicos, atividades sociais e recursos materiais”.⁵⁹

Na mesma linha outros autores reforçam que

Uma prática institucionalizada permanece em estado de equilíbrio provisório e dinâmico: quanto maior for seu grau de institucionalização, menor a probabilidade de que seja bruscamente modificada. Por outro lado, mesmo uma prática altamente institucionalizada não é imutável no transcorrer do tempo, já que ela sempre estará vindo à tona no contexto de interações sociais, sendo, portanto, submetida à possibilidade de manutenção ou de alteração em seus aspectos estruturados ou nas ações decorrentes, seus aspectos estruturantes⁶⁰.

Outra das importantes contribuições da abordagem institucional destaca-se a ênfase na influência do ambiente, ao colocar o isomorfismo como fator vital para a sobrevivência da organização e como fator significante no processo de tomada de decisão dos atores.⁶¹ Portanto, destaca-se que o conceito que melhor captura o processo de homogeneização é o isomorfismo. O termo isomorfismo é definido

56 SELZNICK, P. A liderança na administração. Rio de Janeiro: FGV, 1972. p. 14.

57 FONSECA, V. S. da. A abordagem institucional nos estudos organizacionais: bases conceituais e desenvolvimentos contemporâneos. In: VIEIRA, M. M. F.; CARVALHO, C. A. (Org.) *Organizações, instituições e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

58 MEYER, J. W.; BOLL, J.; THOMAS, G. M. Ontology and Rationalization in the Western Cultural Account. In: SCOTT, W. R.; MEYER, J. (Org.) *Institutional Environments and Organizations: structural complexity and individualism*. Thousand Oaks: Sage, 1994.

59 SCOTT, W. R. Institutions and Organizations: Toward a Theoretical Synthesis. In: SCOTT, W. R.; MEYER, J. (Org.) *Institutional Environments and Organizations: Structural Complexity and Individualism*. Thousand Oaks: Sage, 1994.
SCOTT, W. R. *Institutions and organizations*. Thousand Oak: Sage, 1995a. p.49.

60 SILVA, C. L. M.; FONSECA, V. S. da; CRUBELLATE, J. M. Unlocking the Institutionalization Process: Insights for an Institutionalizing Approach. *Brazilian Administration Review*, v. 2, n. 1, p. 12, jan./jun. 2005.

61 FONSECA, V. S. da. A abordagem institucional nos estudos organizacionais: bases conceituais e desenvolvimentos contemporâneos. In: VIEIRA, M. M. F.; CARVALHO, C. A. (Org.) *Organizações, instituições e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

por como “um processo restritivo que força uma unidade em uma população a assemelhar-se a outras unidades que enfrentam o mesmo conjunto de condições ambientais.”⁶²

Por outro lado, define-se o isomorfismo como “o processo por meio do qual organizações de um determinado campo conformam-se a influências normativas, imitam outras ou são coagidas por atores detentores de poder em seus ambientes para adoção de práticas”.⁶³

No clássico artigo dos autores Paul DiMaggio e Walter Powell, asseguram que existem dois tipos de isomorfismo entre as organizações: o competitivo e o institucional. O primeiro explica a busca por um lugar no mercado, por recursos e por clientes; mas não é suficiente, na visão dos autores, para explicar o moderno mundo das organizações. Nesse sentido, é o estudo do isomorfismo institucional que deve ser aprofundado, pois organizações competem não somente por recursos e clientes, mas por força política e legitimidade institucional, por conveniência social tanto quanto econômica. Eles identificam três mecanismos através dos quais ocorrem as mudanças visando à homogeneidade nas organizações, cada qual com seus próprios antecedentes: a) Isomorfismo coercitivo, b) Isomorfismo mimético, c) Isomorfismo normativo, que está associado com profissionalização. Assim, membros de uma mesma profissão definirão as melhores condições e métodos de se trabalhar.⁶⁴

O peso de cada um dos três mecanismos isomórficos nos processos de transformação organizacional depende da situação e da história sócio-cultural de cada sociedade. Assim é que em sociedades democráticas e com maior oferta competitiva de bens e serviços tendem a predominar processos miméticos e normativos, enquanto que em sociedades de tradição autoritária, como a brasileira, a tendência é que predominem mecanismos coercitivos.⁶⁵

No caso específico da sociedade brasileira, o formalismo, discrepância entre a previsão contida nas normas e a realidade social, estaria associado com o mecanismo coercitivo na dinâmica das mudanças sociais.⁶⁶

Por isso para o presente artigo, poderão ser úteis os mecanismos isomórficos do primeiro tipo (coercitivos), tendo em vista encontrarem-se os órgãos governamentais no Brasil num setor organizacional de natureza institucional sujeito a fortes influências de aspectos políticos e legais. Logo, para sobreviver nesse tipo de ambiente, as agências governamentais precisam, necessariamente, de legitimidade junto a seus constituintes.⁶⁷

2.2 Redes de políticas públicas

Outra perspectiva relevante além da análise institucional e a desenvolvida é a que trata das Redes de Políticas Públicas. A autora considera a existência de varias definições de política pública e afirma que

62 DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and collective rationality in organizational fields. In: DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. *The New Institutionalism in Organizational Analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 66

63 FOUNTAIN, J. E. *Building the Virtual State: Information Technology and Institutional Change*. Washington: Brookings Institution Press, 2001.

64 DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and collective rationality in organizational fields. In: DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. *The new institutionalism in organizational analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

65 SILVA, C. L. M.; FONSECA, V. S.; FERNANDES, B. H. R. Mudanças e estratégia nas organizações: perspectivas cognitiva e institucional. In: VIEIRA, M. M. F.; OLIVEIRA, L. M. B. (Org.). *Administração contemporânea: perspectivas estratégicas*. São Paulo: Atlas, 1999.

66 SILVA, C. L. M. et al. Institucionalização da mudança na sociedade brasileira: o papel do formalismo. In: VIEIRA, M. M. F.; CARVALHO, C.A. (Org.). *Organizações, instituições e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

67 SCOTT, W.R.; MEYER, J. W. The Organization of Societal Sectors: Propositions and Early Evidence. In: POWELL, Walter W.; DIMAGGIO, Paul J. (Ed.). *The new institutionalism in organizational analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

em todas elas, o governo se configura como elemento essencial, até o ponto em que não se pode falar em políticas públicas sem a intervenção de governo.⁶⁸

As políticas não se desenvolvem seguindo um processo linear. A introdução de um problema na agenda não implica necessariamente a passagem à etapa seguinte, análise de alternativas; a tomada de decisão nem sempre é precedida de uma discussão consensual entre atores políticos e privados. O desenvolvimento de uma política pública não significa que se analisem os resultados de forma gradual e continuada, e nem que se avalie o seu impacto sobre o ambiente. As ações que se desenvolvem em cada etapa não têm início e fim claramente definidos. As políticas estão se definindo e se redefinindo de forma continuada, através de um processo de retroalimentação e em função de mudanças no contexto em que se desenrola a ação. Na prática, o processo de elaboração de políticas públicas é um processo complexo, com limites incertos e caracterizados pela interconexão existente entre políticas.⁶⁹

Portanto, entender as políticas públicas como um processo de negociação e interação entre o Estado e grupos sociais gera um debate que domina boa parte da disciplina até os dias de hoje. O objetivo deste tipo de análise é captar a distribuição do poder político na sociedade e as implicações que isso supõe na tomada de decisões e desenvolvimento de políticas. As políticas surgem como resultados de integração conflituosa entre grupos sociais, na qual cada parte desenvolve uma estratégia orientada a dominar o demais. A distribuição de poder na sociedade determina como se resolve o conflito e qual será a relação dos participantes uma vez em curso uma determinada ação. As políticas, então, não são resultados de especialistas à margem da sociedade, seguem uma dinâmica pluralista, caracterizada pela participação aberta e competitiva de grupos sociais que interagem entre si, visando impor os seus interesses e preferências sobre os demais.⁷⁰

O processo de elaboração de políticas públicas se explica não somente a partir da mobilização de grupos sociais, como também a partir da forma em que se institucionalizam as relações de poder entre atores no tempo como já tínhamos exposto anteriormente no modelo institucional de análise de políticas. A partir do neoinstitucionalismo se entendem que as instituições têm influência importante no modo em que se articulam os interesses e preferências dos atores, seus objetivos e sua capacidade de influenciar o resultado político.

Assim, a política não pode ser entendida somente como resultado de indivíduos racionais que atuam de acordo com seus interesses particulares. As instituições constituem elemento essencial para a compreensão da ação individual, tendo vida própria, definindo interesses, crenças e idéias e que disponibiliza instrumentos para influenciar no contexto.⁷¹

O processo de elaboração de políticas públicas é compreendido como um sistema no qual atuam indivíduos e organizações para a consecução de um objetivo em comum, o que converge com a perspectiva pluralista de Jenkins-Smith e Paul Sabatier que será desenvolvido com maior profundidade no capítulo próprio.

Na literatura sobre *Redes de Políticas Públicas* se identificam pelo menos cinco bases para a interação entre stakeholders: (a) procura de informação e conselhos relativos a questões relevantes; (b) intercâmbio de uma variedade de recursos, como dinheiro, pessoal e serviços; (c) busca de aliados para formação de coalizões vencedoras; (d) estruturação de relação com atores influentes para o controle de recursos essenciais; e (e) alcance de objetivos comuns.⁷²

68 BONAFONT, L.C. *Redes de políticas públicas*. Madri: Centro de investigaciones Sociológicas, 2004.

69 CAVALCANTE, P.L. *Implementação de orçamento por resultados no âmbito do executivo federal: um estudo de caso*. Dissertação (Mestrado)-Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

70 BONAFONT, L.C. *Redes de políticas públicas*. Madri: Centro de investigaciones Sociológicas, 2004.

71 BONAFONT, L.C. *Redes de políticas públicas*. Madri: Centro de investigaciones Sociológicas, 2004.

72 WEIBLE, C.M; SABATIER, P.A. Comparing policy networks. marine protected areas in California. *The Policy Studies Journal*, Malden, v. 33, n. 2, p.181-201, 2005. p.72

Na lógica do modelo de *Redes de Políticas Públicas*, não existe uma ordem fixa para a inserção do problema na agenda governamental, a ordem pode ser seqüencial ou não, diferente da lógica da *Escolha Racional*. Os problemas, soluções, decisores, são fatores temporais simultaneamente disponíveis que podem formar uma ordem temporal.

2.3 O modelo de fluxos múltiplos

Outro elemento importante foi a inserção do paradigma da Racionalidade Limitada na análise, formulação e decisões em políticas públicas John *Kingdon* cria o modelo denominado Modelo de Fluxos Múltiplos (*Multiple Streams*), também baseada na Teoria da Racionalidade Limitada, Kingdon argumenta que as questões podem envolver diferentes arenas, atores, incentivos, objetivos e interesses. As características da complexidade do processo criam recombinação criativa, incertezas e ambigüidades que juntas descrevem o processo de decisão de políticas públicas. O trabalho de Kingdon que tem sido aplicado especialmente no estudo da agenda governamental, lida com três fluxos diferenciados: o fluxo dos problemas, o fluxo das soluções e o fluxo das decisões políticas coexistem no sistema separados um do outro com suas próprias dinâmicas e regras. É a combinação dos ter fluxos dentro de um pacote simples que culmina as mudanças.⁷³

Kingdon afirma que os problemas, freqüentemente, capturam a atenção de decisores governamentais não por força de pressão política ou habilidade instintiva de percebê-los, mas simplesmente porque algum indicador mais ou menos sistemático (ex: dados rotineiros sobre delinqüência juvenil, obesidade, ou doenças cardiovasculares) mostra que “há um problema lá fora”.⁷⁴ Esses indicadores não são utilizados propriamente para determinar se existe, ou não, um problema, mas sim para avaliar sua magnitude ou captar modificações. Há problema que não se evidenciam por esses indicadores, necessitando de eventos focalizadores como crises ou desastres, ou a emergência de um símbolo poderoso. Os problemas podem chamar atenção, também, pelo feedback recebido do processo de implementação dos programas governamentais. No fluxo das soluções as pessoas que tem em comum áreas de atuação tentariam influenciar uma às outras, bem como uma grande quantidade de idéias seriam geradas e, de alguma forma e em algum momento levadas em consideração. Idéias e crenças que a educação física é parte crucial do currículo escolar ou de que a privatização melhora a qualidade dos serviços públicos são exemplos bem elucidativos. Essa capacidade de persuasão interatores será mais efetiva se as idéias em defesa cumprirem alguns requisitos básicos quanto ao seu custo, aplicabilidade e aceitação pela sociedade em seu conjunto.

Por fim no fluxo das decisões políticas seria estruturado por elementos como o contexto internacional, a opinião pública, campanhas de grupos de pressão, resultados eleitorais distribuições partidárias ou ideológicas no Congresso e mudanças na administração considerados fatores importantes que geram oportunidades para uma mudança na forma de entender e conceituar um problema público. Se no fluxo de soluções geradas pelos especialistas o processo de construção do consenso é baseada na persuasão, no fluxo de decisões políticas predomina a barganha.

O autor trabalha também com o que denomina em inglês de “*policy window*” ou “janela de oportunidade” o que nos ajuda exatamente a recuperar a inter-relação entre a ação pública e a ação política, permitindo-nos compreender o momento e os condicionantes das mudanças ou a adoção de novas políticas públicas.⁷⁵

O autor defende que a adoção de uma idéia nova em um processo político é resultado de uma “janela de oportunidade política”, um processo casual caracterizado por uma situação de confluência de três condições: (a) relevância que adquire um problema em um dado momento; (b) a existência de idéias que permitem modificar a compreensão do problema e a forma de uma política pública; e (c)

73 KINGDON, J. *Agendas, alternatives, and public policies*. Boston: Little, Brown and Company, 1995.

74 KINGDON, J. *Agendas, alternatives, and public policies*. Boston: Little, Brown and Company, 1995. p. 90.

75 KINGDON, J. *Agendas, alternatives, and public policies*. Boston: Little, Brown and Company, 1995.

uma situação favorável a mudanças no sistema político, com uma alteração na administração ou na distribuição partidária no Legislativo ou o fato de um novo problema ter capturado a atenção dos agentes públicos, mediante eventos focalizadores ou outro fator.⁷⁶ Neste trabalho usaremos a tradução livre para o português “janela de oportunidade política”.

Em outras palavras trata-se de um período de tempo geralmente curto, relativamente raro em que uma comunidade política mobiliza-se para influir na definição e formulação de alternativas, a partir de idéias já elaboradas, que supõem uma forma nova de abordar os problemas. Muitas propostas alternativas, todavia, nunca alcançam a agenda simplesmente porque os seus defensores concluem que não valem o esforço de alçá-las ao processo. Isso é particularmente importante porque indica que outras alternativas e questões e podem estar sendo priorizados, ou porque os agentes políticos já identificaram que não existe a “janela de oportunidade política” e seus esforços seriam inúteis.

Resta-nos, então, para melhor analisar a política, entender o que leva o fechamento dessas janelas, uma vez que são esporádicas. Segundo John Kingdon aponta as seguintes situações: (a) os participantes podem entender que conseguiram encaminhar o problema para uma decisão ou ratificação; (b) eles podem não conseguir atuar a tempo; (c) os eventos que iniciaram a janela passaram; (d) uma nova modificação de pessoal do mesmo jeito que pode abrir uma “janela”, pode fechá-la e finalmente (e) a janela as vezes fecha-se porque não há nenhuma alternativa possível.⁷⁷

No reexame da abordagem de Kingdon, Zahariadis no seu artigo *ambiguity, time and multiple streams* propõe abordar a escolha de políticas públicas sob as condições de ambigüidade e ordem temporal. De acordo com o artigo, a ambigüidade é um fato na elaboração de políticas públicas, pois torna o processo desordenado, complexo e menos compreensivo. O contexto mais do que o propósito é o mais importante. As decisões raramente resolvem o problema, elas apenas o processa.⁷⁸

O lado positivo da ambigüidade é a inserção de novas idéias e posições acerca das mudanças dos problemas e, conseqüentemente, mais alternativas. O tempo, posição e recursos são vantagens cruciais no momento da tomada de decisões.⁷⁹

2.4 Advocacy coalition framework

Na seqüência, apresentam-se os principais elementos da abordagem da advocacy coalition framework (ACF) em tradução opta-se por Modelo de Coalizão de Defesa (MCD), que tem emergido com uma base altamente respeitada para análise de políticas. Ele sozinho ou/e em combinação com outras abordagens.

O ACF é baseada em cinco assunções:

- a) uma perspectiva de tempo não menos que 10 anos é requerida para análise de mudanças nas políticas;
- b) o foco em subsistemas políticos e ou comunidades políticas;
- c) subsistemas envolvem atores de diferentes níveis de governo e somados a organizações internacionais e outros países;
- d) a posse e o uso de informações técnicas é importante e;

76 KINGDON, J. *Agendas, alternatives, and public policies*. Boston: Little, Brown and Company, 1995. p. 166.

77 KINGDON, J. *Agendas, alternatives, and public policies*. Boston: Little, Brown and Company, 1995. p. 169.

78 ZAHARIADIS, N. *Ambiguity, time and multiple streams*. In: SABATIER, P.A (Ed.). *Theories of the Policy Process*. Boulder: Westview Press, 1999.

79 ZAHARIADIS, N.; ALLEN, C. S. *Ideas, networks and policy streams: privatization in Britain and Germany*. *Policy Studies Review*, v.1, n.1/2, p.71-98, 1995.

e) política pública incorpora de forma implícita “conjunto de valores prioritários e assunções casuais acerca de como realizá-los”.⁸⁰

Portanto, Sabatier considera irrealista e insatisfatória na explicação da ocorrência de mudanças em políticas a separação entre a “formação da agenda” e o “processo de formulação de política”.

O modelo estagista (Kingdon) – baseado em como questões se tornam problemas e ganham a atenção de formuladores de políticas e funcionários e como agendas são estabelecidas – é muito simplificado e, portanto é necessário conceber um modelo mais amplo.

Processo político deve ser entendido no contexto de redes e comunidades políticas, pois da análise do conjunto de convicções, valores, ideais e fatores sócios econômicos elucidam quais critérios foram utilizados na construção do processo de formação de políticas. O processo analítico favorece o aprimoramento de políticas a longo prazo.

Assim, o ACF presume que na esfera de cada subsistema os atores podem ser agregados, formando coalizões de defesa (normalmente entre dois a quatro coalizões). Estas são compostas por grupos de interesses, burocratas e legisladores das varias esferas de governo, pesquisadores e jornalistas que compartilham uma série de convicções e crenças normativas e causais e desenvolvem uma atividade coordenada por um período de tempo considerável. O sistema de crenças de cada coalizão de defesa possui a seguinte estrutura: Crenças essenciais profundas (raramente se altera), crenças essenciais políticas (poucas mudanças), e os aspectos secundários – ajustáveis a novos dados e experimentos.⁸¹

Assim no que se refere ao processo de mudança e estabilidade, pressupõe que idéias e valores e sistemas de convicções socializam os indivíduos em torno de padrões de comportamentos, isto e, o estudo dos sistemas de convicções ou crenças, em inglês, “belief systems”, é considerado essencial, pois, na atuação política, os membros das coalizões estabelecem um conjunto de convicções compartilhadas para advogar por uma causa ou tema sendo comum à existência de mediadores ou negociadores políticos que atuam no controle de possíveis excessos das coalizões.⁸² Os autores do modelo argumentam que o subsistema nada mais é do que uma arena onde os grupos de atores discutem regularmente a respeito de um determinado campo das políticas públicas, como saúde, educação, política urbana, etc.

A existência de subsistemas, coalizões e demais variáveis ampliam consideravelmente o escopo de análise de políticas públicas desmistificando a imagem do Estado racional como formulador unilateral. A dinâmica de formulação da política pública engloba diversos subsistemas que não apenas agrega demandas de cada um deles como também pode ser compreendido como uma arena de interação entre as coalizões de defesa. Do mesmo modo o processo de elaboração de políticas públicas é compreendido como um sistema no qual atuam os indivíduos e as organizações pra a consecução de um objetivo comum.⁸³

Deve ser mencionado ainda que os próprios autores do ACF indicam-no como próprio para compreender situações que envolvem conflitos políticos substanciais e alta complexidade técnica.⁸⁴

80 JENKINS-SMITH, H. C.; SABATIER, P.A. Evaluating the advocacy coalition framework. *Journal of Public Policy*. v. 14, n. 1, p. 178, 1999.

81 SABATIER, P.A.; JENKINS-SMITH, H. C. The advocacy coalition framework: An assessment. In: SABATIER, P.A (Ed.). *Theories of the Policy Process*. Boulder: Westview Press, 1999. p. 117-166.

82 FENGER, M.; KLOK P-J. Interdependency, Beliefs, and Coalition Behavior : a contribution to the Advocacy Coalition Framework. *Policy Sciences*, v. 34, p.157-170, 2001.

83 SABATIER, P.A.; SMITH, H. C. The advocacy coalition framework: An assessment, revisions, and implications for scholars and a practioners In: SABATIER, P.A.; SMITH, H.C. (Ed.). *Policy change and learning: an advocay coalition approach*. Boulder: Western Press, 1993. p. 211-235.

84 SABATIER, P.A.; SMITH, H. C. The advocacy coalition framework: an assessment. In SABATIER, P.A (Ed.). *Theories of the policy process*. Boulder: Westview Press, 1999. p. 117-166.

Mudanças políticas são processos lentos que se baseiam num aprendizado constante. O enfoque de análise deve conferir maior ênfase ao estudo dos subsistemas políticos que às instituições especiais de um governo. Por exemplo, propõe-se analisar o comportamento de diferentes agentes ligados ao tema de política urbana ao invés de observar o que diz ou faz um presidente ou um governador.

Normalmente cada subsistema abarca agentes estatais de vários níveis, representantes das empresas e da sociedade civil, isto é, uma coalizão de defesa que se distinguem pelos seus valores, crenças, convicções, idéias e pelos recursos de que dispõem. E que procuram manipular as regras, os orçamentos e o pessoal das instituições governamentais com o fim de alcançar seus objetivos ao longo do tempo.⁸⁵

O estudo dos sistemas de convicções ou, em inglês, “belief systems”, é considerado essencial, pois, na atuação política, os membros das coalizões estabelecem um conjunto de convicções compartilhadas para advogar por uma causa ou tema.⁸⁶

A abordagem do “Advocacy Coalition Framework” propõe entender processos políticos não só como lutas entre interesses opostos ou antagônicos, mas também como processos de aprendizagem, o que é atípico.

Isto mostra um deslocamento da atenção de questões relativas aos interesses econômicos à questões da consciência ou do sentido. A idéia de que os “sistemas de convicção” são os fatores essenciais para a construção de coalizões e não as classes ou os interesses reforça a posição alternativa desta abordagem.

Os “sistemas de convicção” têm a função dupla de moldar uma perspectiva normativa para fundamentar a interpretação e discernimento de soluções (diagnóstico) em relação a certos fenômenos percebidos. Estes “sistemas de convicção” são, assim, importantes porque (1) em geral as ações humanas são orientadas pelo sentido e porque (2), na prática política, a persuasão é um fator central para justificar o acesso ao poder e legitimar aqueles que estão no poder. Isso significa que a ação humana não pode ser considerada como orientada, meramente, por interesses ou cálculos econômicos, como supõe, por exemplo, a conhecida abordagem do “rational choice”.⁸⁷

Críticos da “Advocacy Coalition Framework” distinguem, com freqüência, entre causas reais e ideologia e argumentam que as convicções apenas são ecos das estruturas econômicas que, em última instância, definem os interesses. Porém, para Sabatier, é quase impossível identificar os “verdadeiros” interesses dos agentes. Por outro lado, Sabatier considera mais fácil identificar as convicções deles, porque eles precisam se posicionar nos debates políticos. Então, apesar de aceitar o argumento de que o homem é um ser orientado pelo sentido, o enfoque nas convicções tem, também, uma motivação prática de pesquisa.⁸⁸

Nota-se, também, que esta abordagem se baseia na idéia de pôr o agente ou o sujeito no centro da historia. Voltando à questão da dinâmica do processo político, a abordagem do “Advocacy Coalition Framework” entende que as coalizões só existem periodicamente. Defendendo sua convicção, os agentes entram em processos de aprendizagem e tentam traduzir suas idéias em políticas. Nestes processos, os agentes têm que estabelecer compromissos com outros. Isso, geralmente, não permite defender todas as convicções próprias, pois é preciso estabelecer compromissos.

As coalizões tratam de introduzir sua posição no campo político através de instrumentos e estratégias que influem na opinião pública, de políticos, etc. Assim, elas participam nos processos políticos, nas

85 SABATIER, P.A.; SMITH, H. C. The advocacy coalition framework: an assessment. In SABATIER, P.A (Ed.). *Theories of the Policy process*. Boulder: Westview Press, 1999. p. 117-166.

86 SABATIER, P.A; WEIBLE, C.M. The advocacy coalition framework: Innovations, and clarifications. In SABATIER, P.A (Ed.). *Theories of the Policy Process*. 2. ed. Boulder: Westview Press, 2007. p. 189-220.

87 WEALE, A. Ecological modernisation and the integration of European environmental policy. In: LIEFFERINK, J. D.; LOWE, P.; MOL, A. P. J. (Ed.). *European integration and environmental policy*. London; New York: Belhaven Press, 1993. p. 196-216.

88 BUENO, L. A Aplicação da Advocacy Coalition Framework (ACF) na Análise da Evolução da Política Pública de Controle de Armas no Brasil. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 29., 2005, Caxambu. *Anais...* Caxambu, 2005.

definições dos problemas, de possíveis estratégias para resolvê-los e, também, no controle para averiguar se as políticas estão sendo implementadas.⁸⁹

Todas estas tentativas de moldar processos políticos não acontecem num espaço vazio, mas sim num contexto histórico e institucional, como pode ser observado em vários trabalhos onde se aplicou o Advocacy Coalition Framework para análise e construção de políticas no âmbito dos órgãos responsáveis para sua formulação e implementação.⁹⁰ Mais recentemente os trabalhos dos pesquisadores Suely Araujo em 2013, Victor Vicente em 2012, Luiza Viana em 2011 dentre outros, também trouxeram contribuições importantes no sentido da melhoria na compreensão sobre a aplicação do modelo ACF.⁹¹

3 Considerações finais

O entendimento dos modelos e das teorias acima resumidos pode permitir ao analista e ao pesquisador melhor compreender o problema para o qual a política pública foi desenhada, seus possíveis conflitos, a trajetória seguida e o papel dos indivíduos, grupos e instituições que estão envolvidos na decisão e que serão afetados pela política pública.

Por um lado, políticas públicas tornaram-se referência à reflexão acadêmica, às ações governamentais e ao debate público, predominando em todas elas as mais diferentes abordagens dentre elas as pluralistas, institucionais, organizacionais, de redes e etc. Porém, apesar de avanços teóricos no campo da análise das políticas públicas, ainda persistem evidentes fragilidades teóricas, uma vez que a lógica etapista e procedimental hegemônica em certos contextos dificilmente são verificadas no mundo real, em especial na sociedade brasileira.

Portanto, do ponto de vista conceitual, há necessidade de os conflitos, de naturezas diversas, serem trazidos à tona, pois, de modo geral, existe a tendência de desconsiderá-los em nome do “bem comum”, das “causas públicas”, da “igualdade”, entre outras motivações que, na realidade, são “vetadas” pelos embates dos grupos sociais politicamente organizados, cuja característica é a assimetria de poder, de informação e sua lógica é a disputa.

Refêrências

ARAÚJO, S. M. V. G. *Política ambiental no Brasil no período 1992-2012: um estudo comparado das agendas verde e marrom*. 458 f. 2013. Tese (doutorado)- Universidade de Brasília, Instituto de Ciência Política, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Brasília, 2013.

ARRETCHE, M. Dossiê agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v.

89 BERGGREN, R. The advocacy coalition Framework; Its applicability to a Swedish land use conflict. In: HYTÖNEN, M. (Ed.). *Social sustainability of forestry in the baltic sea region*. Helsinque, Finlândia. Finnish Forest Research institute, 1998. p.197-217.

CHEN, P. Advocating Online Censorship. *Australian Journal of Public Administration*. v. 62, n.2, p.41-64, jun. 2003.

SABATIER, P.A; WEIBLE, C.M. The advocacy colition framework: Innovations, and clarifications. In SABATIER, P.A (Ed.). *Theories of the Policy Process*. 2. ed. Boulder: Westview Press, 2007. p. 189-220.

90 CHEN, P. Advocating Online Censorship. *Australian Journal of Public Administration*. v. 62, n. 2, p.41-64, jun. 2003.

LITFIN, K.T. Advocacy coalitions along the domestic-foreign frontier: Globalization and Canadian climate change policy. *Policy Studies Journal*, v. 28, p.236-252, 2000.

DAVIS, C.; DAVIS, S. Analysing change in public lands policymaking: from subsystems to advocacy coalition. *Policy Studies Journal*, v.17, p. 3-24, 1988.

BERGGREN, R. The advocacy coalition Framework; Its applicability to a Swedish land use conflict. In: HYTÖNEN, M. (Ed.). *Social sustainability of forestry in the baltic sea region*. Helsinque, Finlândia. Finnish Forest Research institute, 1998, p.197-217.

91 ARAÚJO, S. M. V. G. *Política ambiental no Brasil no período 1992-2012: um estudo comparado das agendas verde e marrom*. 458 f. 2013. Tese (doutorado) -, Instituto de Ciência Política, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

VICENTE, V. *Análise de mudanças institucionais na política de ordenamento territorial urbano no Distrito Federal (1991-2009)*. Tese (Doutorado)- Programa de Pós Graduação em Administração, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

VIANA, L. B. F. *Entre o abstrato e o concreto: Legados do embate sobre o Projeto de Integração do São Francisco ou da Transposição*. Dissertação (Mestrado)- Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

18, n. 51, p.7-9, 2003.

BAUM, J. A. C.; OLIVER, C. Institutional linkages and organizational mortality. *Administrative Science Quarterly*, n. 36, 1991.

BEGGS, J. J. The institutional environment: implications for race and gender inequality in the U.S labor market. *American Sociological Review*, v. 60, n. 4; 1995.

BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. *A Construção social da realidade: tratado e sociologia do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2003.

BERGGREN, R. The advocacy coalition Framework; Its applicability to a Swedish land use conflict. In: HYTÖNEN, M. (Ed.). *Social sustainability of forestry in the baltic sea region*. Helsinque, Finlândia. Finnish Forest Research institute, 1998. p.197-217.

BONAFONT, L.C. *Redes de políticas públicas*. Madri: Centro de investigaciones Sociológicas, 2004.

BUENO, L. A Aplicação da Advocacy Coalition Framework (ACF) na Análise da Evolução da Política Pública de Controle de Armas no Brasil. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 29., 2005, Caxambu, *Anais...* Caxambu, 2005.

CARVALHO, C. A. P.; VIEIRA, M. M. F. Contribuições da Perspectiva Institucional para Análise das Organizações: Possibilidades Teóricas, Empíricas e de Aplicação. In: CARVALHO, C. A. P.; VIEIRA, M. M. F. (Org.). *Organizações, Cultura e desenvolvimento local: a agenda de pesquisa do observatório da realidade organizacional*. Recife: UFPE, 2003.

CAVALCANTE, P.L. Implementação de orçamento por resultados no âmbito do executivo federal: um estudo de caso. Dissertação (Mestrado)- Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

CHEN, P. Advocating Online Censorship. *Australian Journal of Public Administration*. v. 62, n. 2, p. 41–64, jun. 2003

CHRISTENSEN, S. et al. Actors and Institutions. *The American behavioral Scientist*, v. 40, n. 4, 1997.

CRUBELLATE, J. M.; GRAVE, P. S.; MENDES, A. A. A questão institucional e suas implicações para o pensamento estratégico. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 8, 2004.

DAVIS, C.; DAVIS, S. Analysing change in public lands policymaking: from subsystems to advocacy coalition. *Policy Studies Journal*, v. 17, p.3-24, 1988.

DIMAGGIO, P. J. *Interest and agency in institutional theory*. Cambridge: Institutional Patterns and Organizations, 1988.

DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and collective rationality in organizational fields. In: DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. *The New Institutionalism in Organizational Analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

FACHIN, R. C.; MENDONÇA, J. R. C. de. Selznick: uma visão da vida e da obra do precursor da perspectiva institucional na teoria organizacional. In: VIEIRA, M. M. F.; CARVALHO, C. A. (Org.) *Organizações, instituições e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

FARIA, C. A. P. Idéias, conhecimento e políticas públicas: um inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 21-30, 2003.

FENGER, M.; KLOK P-J. Interdependency, Beliefs, and Coalition Behavior: a contribution to the Advocacy Coalition Framework. *Policy Sciences*, v. 34, p.157-170, 2011.

- FISCHER, F. *Reframing public policy: discursive politics and deliberative practices*. New York: Oxford University Press, 2003.
- FLIGSTEIN, N. *Fields, power, and social skill: a critical analysis of the new institutionalism*. Berkeley: University of Califórnia, 1999.
- FONSECA, V. S. da. A abordagem institucional nos estudos organizacionais: bases conceituais e desenvolvimentos contemporâneos. In: VIEIRA, M. M.F.; CARVALHO, C. A. (Org.). *Organizações, instituições e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- FOUNTAIN, J. E. *Building the Virtual State: information technology and institutional change*. Washington: Brookings Institution Press, 2001.
- HALL P. A.; TAYLOR R. C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 58, 2003.
- HENRIQUEZ, E. Os diferentes níveis (ou instâncias) da análise das organizações. In: HENRIQUEZ, E. *A organização em análise*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- INGRAM, P.; CLAY, K. The Choice-within-Constraints New Institutionalism and Implications for Sociology. *Annual Review of Sociology*, v. 26, 2000.
- JENKINS-SMITH, H. C; SABATIER. P.A. Evaluating the advocacy coalition framework. *Journal of Public Policy*. v. 14, n. 1, 1999.
- JEPPERSON, R. Institutions, institutional effects and institutionalism. In: POWELL, W.; DIMAGGIO, P. (Ed.) *The new institutionalism in organizational analysis*. Chigaco: University of Chicago Press, 1991.
- KINGDON, J. *Agendas, alternatives, and public policies*. Boston: Little, Brown and Company, 1995.
- LAPASSADE, G.; LOURAU, R. *Chaves da sociologia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.
- LITFIN, K.T. Advocacy coalitions along the domestic-foreign frontier: Globalization and Canadian climate change policy. *Policy Studies Journal*, v. 28, p. 236–252, 2000.
- LOWNDES, V. Varieties of new institutionalism: A critical appraisal. *Public Administration*, v. 74, 1996.
- MENDONÇA, J. R. C. de; ANDRADE, J. A. Gerenciamento de Impressões: em busca de legitimidade organizacional. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 43, n. 1, jan./mar. 2003.
- MEYER, J. W.; BOLI, J.; THOMAS, G. M. Ontology and Rationalization in the Western Cultural Account. In: SCOTT, W. R.; MEYER, J. (Org.). *Institutional Environments and Organizations: structural complexity and individualism*. Thousand Oaks: Sage, 1994.
- MEYER, J.W; ROWAN, B. Institutionalized organizations: formal structure as myth and ceremony. In: POWELL, W. W.; DIMAGGIO, P. J. *The New Institutionalism in Organizational Analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.
- NEE, V. The New Institutionalism in economics and sociology. *Economy & Society*, 2003.
- NEE, V.; INGRAM, P. Embeddedness and Beyond: Institutions, Exchange, and Social Structure. In: BRINTON, M.; NEE, V. (Ed.). *The New Institutionalism in Sociology*. New York: Russell Sage Foundation, 1998.
- NIELSEN, K. Institutional Approaches in the Social Sciences: Typology, Dialogue, and future Challenges.

Journal of Economics, v. 35, n. 2, jun. 2001.

NORTH, D. C. Institutions. *The Journal of Economic Perspectives*, p. 97-112, 1991.

NORTH, D. C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OLIVEIRA, R. P.; MISOCZKY, M. C. O processo de institucionalização do parque natural morro do osso. In: ENCONTRO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNANÇA, 1., 2004, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro, 2004.

REIS, E. Reflexões leigas para a formulação de uma agenda de pesquisa em políticas públicas, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 11-14, 2003.

SABATIER, P.A.; SMITH, H. C. The advocacy coalition framework: An assessment, revisions, and implications for scholars and practitioners. In: SABATIER, P.A.; SMITH, H.C. (Ed.). *Policy change and learning: an advocacy coalition approach*. Boulder: Westview Press, 1993. p. 211-235.

SABATIER, P.A.; SMITH, H. C. The advocacy coalition framework: an assessment. In: SABATIER, P.A. (Ed.). *Theories of the Policy Process*. Boulder: Westview Press, 1999. p. 117-166.

SABATIER, P.A.; WEIBLE, C. M. The advocacy coalition framework: Innovations, and clarifications. In: SABATIER, P.A. (Ed.). *Theories of the Policy Process*. 2. ed. Boulder: Westview Press, 2007. p. 189-220.

SCHNEIBERG, M. Combining new institutionalisms: Explaining institutional change in American property insurance. *Sociological Forum*, v. 20, n. 1, mar. 2005.

SCOTT, W. R. *Institutions and organizations*. Thousand Oak: Sage, 1995a.

SCOTT, W. R. Institutions and Organizations: toward a theoretical synthesis. In: SCOTT, W. R.; MEYER, J. (Org.) *Institutional Environments and Organizations: structural complexity and individualism*. Thousand Oaks: Sage, 1994.

SCOTT, W. R. Introduction: institutional theory and organizations. In: SCOTT, W. R.; CHRISTENSEN, S. (Ed.). *The institutional construction of organizations: international and longitudinal studies*. London: Sage Publications, 1995b.

SCOTT, W. R. Unpacking Institutional Arguments. In: POWELL, W. W.; DIMAGGIO, P. J. *The New institutionalism in organizational analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

SCOTT, W. R.; MEYER, J. W. *A liderança na administração*. Rio de Janeiro: FGV, 1972.

SCOTT, W. R.; MEYER, J. W. The Organization of Societal Sectors: Propositions and Early Evidence. In: POWELL, Walter W.; DIMAGGIO, Paul J. (Ed.) *The New Institutionalism in organizational analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

SILVA, C. L. M. et al. Institucionalização da mudança na sociedade brasileira: o papel do formalismo. In: VIEIRA, M. M. F.; CARVALHO, C.A. (Org.). *Organizações, Instituições e Poder no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

SILVA, C. L. M.; FONSECA, V. S. da; CRUBELLATE, J. M. Unlocking the Institutionalization Process: Insights for an Institutionalizing Approach. *Brazilian Administration Review*, v. 2, n. 1, jan./jun. 2005.

SILVA, C. L. M.; FONSECA, V. S.; FERNANDES, B. H. R. Mudanças e estratégia nas organizações: perspectivas cognitiva e institucional. In: VIEIRA, M. M. F.; OLIVEIRA, L. M. B. (Org.). *Administração contemporânea: perspectivas estratégicas*. São Paulo: Atlas, 1999.

- SILVA, C. L. M; FONSECA, V.S. Competitividade organizacional: uma tentativa de reconstrução analítica. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 20., 1996, Angra dos Reis. *Anais...* Angra dos Reis: Anpad, 1996.
- SOUZA, C. Políticas Públicas: Questões temáticas e de pesquisa. *Caderno CRH*, Salvador, n. 39, p. 11-24, jul./dez. 2003.
- SUCHMAN, M.C. Managing Legitimacy: strategic and institutional approaches. *Academy Management Review*, v. 20, n. 3, jul. 1995.
- SWEDBERG, R. *The economic sociology of capitalism*. Princeton, Princeton University Press, 2005.
- THELEN, K.; STEINMO, S. Historical Institutionalism in Comparative Politics. In: STEINMO, S.; THELEN, K.; LONGSTRETH, F. (Ed.) *Structuring politics: historical institutionalism in comparative analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p.1–32.
- TOLBERT, P.S.; ZUCKER, L.G. A Institucionalização da Teoria Institucional. In: CLEGG, S.; HARDY, C.; NORD, W. (Org.). *Handbook de Estudos Organizacionais, modelos de análise e novas questões em estudos organizacionais*. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1.
- TOLBERT, P.S.; ZUCKER, L.G. A institucionalização da teoria institucional. In: CLEGG, S.; HARDY, C.; NORD, W. (Org.). *Handbook de Estudos Organizacionais, modelos de análise e novas questões em estudos organizacionais*. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1.
- VIANA, L. B. F. *Entre o abstrato e o concreto: legados do embate sobre o projeto de integração do São Francisco ou da transposição*. Dissertação (Mestrado)- Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2011.
- VICENTE, V. *Análise de mudanças institucionais na política de ordenamento territorial urbano no Distrito Federal (1991-2009)*. Tese (Doutorado)- Programa de Pós Graduação em Administração, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.
- VIEIRA, M.M.F; MISOCZKY, C. Instituições e poder: explorando a possibilidade de transferências conceituais. In: VIEIRA, M.M.F; CARVALHO, C. A. (Org.). *Organizações, cultura e desenvolvimento local: a agenda de pesquisa do observatório da realidade organizacional*. Recife: UFPE, 2003.
- WEALE, A. Ecological modernization and the integration of European environmental policy. In: LIEFFERINK, J. D.; LOWE, P.; MOL, A. P. J. (Ed.). *European integration and environmental policy*. London; New York: Belhaven Press, 1993. p. 196-216.
- WEIBLE, C.M; SABATIER, P.A. Comparing policy networks. Marine protected areas in California. *The Policy Studies Journal*, Malden, v. 33, n. 2, p.181-201, 2005.
- WILLIAMSON, O. E. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. *Journal of Economic Literature*, v. 38, n. 3, 2000.
- ZAHARIADIS, N. Ambiguity, time and multiple streams. In: SABATIER, P.A (Ed.). *Theories of the Policy Process*. Boulder: Westview Press, 1999.
- ZAHARIADIS, N.; ALLEN, C. S. Ideas, networks and policy streams: privatization in Britain and Germany. *Policy Studies Review*, v.1, n.1/2, p.71-98, 1995.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Direito à saúde, políticas públicas do Sistema Único de Saúde e acesso ao serviço público hospital e ambulatorial

The right to health, public policies, Sistema Único de Saúde and the access to public hospital and outpatient services

Emerson Affonso da Costa Moura
Fabrícia da Fonseca P. Bittencourt
Ordacgy

Direito à saúde, políticas públicas do Sistema Único de Saúde e acesso ao serviço público hospital e ambulatorial

The right to health, public policies, Sistema Único de Saúde and the access to public hospital and outpatient services

Emerson Affonso da Costa Moura*
Fabrícia da Fonseca Passos Bittencourt Ordacgy**

Resumo

Este artigo trata do acesso, de forma ampla, contínua e eficiente, aos serviços públicos hospitalares e ambulatoriais, prestados no âmbito das políticas públicas desenvolvidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) com fins de concretização de prestação de bens e utilidades necessárias à fruição do direito público subjetivo à saúde. Será analisada a evolução da tutela do Direito à saúde no Estado brasileiro em função da perspectiva comparada. Posteriormente, a pesquisa concentrar-se-á na Constituição de 1988 e nas políticas públicas de promoção, proteção e recuperação da saúde e a sua coordenação em uma rede regionalizada e hierarquizada no Sistema Único de Saúde. Por fim, o trabalho correlaciona a assistência terapêutica integral e, inclusive, a farmacêutica, com o acesso aos serviços públicos hospitalares e ambulatoriais que devem ser prestados de forma a garantir os bens e utilidades necessários à fruição do direito à saúde.

Palavras-Chaves: Saúde Pública. Direito à Saúde. Políticas Públicas. Serviços Públicos. Sistema Único de Saúde.

Abstract

Access broadly, continuous and efficient public services and outpatient hospital provided under public policies developed by the National Health System for the purpose of completion of supply of goods and utilities necessary for the enjoyment of the public right to health is the theme is put into debate. Analysis begins with the evolution of the protection of the right to health in the Brazilian State and comparative perspective. Then concentrate the search in the 1988 Constitution and public policy, promotion, protection and recovery and their coordination on a regional and hierarchical network in the Unified Health System. Finally, the work correlates the integrated care, including pharmaceutical with access to inpatient and outpatient public services that should be provided to ensure the goods and utilities necessary for enjoyment of the right to health.

Keywords: Public Health. Right to health. Public Policies. Public Services. Unified Health System (Brazil).

Recebido em 05/10/2013

Aprovado em 04/01/2014

* Mestrando em Direito Constitucional e Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

** Possui bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (2004) e pós-graduação em Direito Processual. Atualmente é defensora pública federal (Defensoria Pública da União) e mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional (PPGDC) da Universidade Federal Fluminense.

1 Introdução

No Brasil, historicamente a saúde pública foi relegada a segundo plano, sendo tutelada como um direito social exclusivamente em favor do indivíduo integrante de uma classe ou categoria de trabalhadores, que estivesse regularmente inserido no mercado de trabalho e garantido através da caixa de assistência própria.

Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988 garantiu-se o direito à saúde de forma *universal, igualitária e gratuita*, constituindo instrumento que permite a consecução do valor da igualdade material, já que não distingue de qualquer forma o indivíduo para que esse tenha direito de acesso ao serviço público de saúde.

No que tange à saúde pública, que envolve o conjunto de políticas públicas, desenvolvidas pelo Estado e seus delegatários, voltada à realização do direito subjetivo à saúde do cidadão, isso garante a qualquer indivíduo o acesso aos serviços públicos de saúde, que são prestados por meio do Sistema Único de Saúde.

Todavia, é inegável os dados trazidos pela realidade, que demonstram grandes dificuldades no acesso, por grande parte da população, aos serviços públicos hospitalares e ambulatoriais. Também é problemática a garantia de oferecimento de assistência terapêutica integral de qualidade, devido à falta de medicamentos, leitos, profissionais e até mesmo hospitais¹.

Os serviços públicos, enquanto atividades prestadas pelo Estado em função da fruição dos interesses da coletividade, submetem-se a princípios gerais que impõem ao administrador o dever de garantir a sua generalidade, continuidade e eficiência.

Este trabalho propõe-se a demonstrar que consagrado o direito à saúde e o dever estatal de executar políticas públicas de assistência médica integral, o acesso aos serviços hospitalares e ambulatoriais deve ser garantido de forma ampla, contínua e eficiente, tutelando a saúde do indivíduo e o dever de prestar serviço público.

Esta pesquisa trata da análise da tutela do direito à saúde na perspectiva comparada com o constitucionalismo europeu e estadunidense em paralelo com o sistema jurídico brasileiro, de forma a delimitar nesse último a tutela tardia do direito à saúde e a sua proteção limitada pela ordem constitucional brasileira.

Propõe-se também a compreender o direito à saúde na Constituição de 1988, de forma a delimitar o seu regime público, o caráter universal, gratuito e igualitário, bem como a finalidade das políticas públicas e sua coordenação no Sistema Único de Saúde, de maneira a fixar o dever estatal de prestação dos serviços públicos referentes.

Por fim, a pesquisa verifica que inserida na política pública de assistência terapêutica integral desenvolvida no âmbito do Sistema Único de Saúde, deve ser garantido não apenas o acesso aos serviços públicos hospitalares e ambulatoriais, mas a prestação de forma geral, contínua e eficiente.

Para tanto, utiliza-se o método *dedutivo* por meio de revisão bibliográfica, com apoio aos principais expoentes da doutrina pátria, bem como do estudo legislativo com a verificação dos principais diplomas normativos que tutelam o direito à saúde, bem como, as referidas políticas públicas e a prestação dos serviços públicos decorrentes.

1 Verifica-se além de as dificuldades relacionadas às barreiras geográficas para a população – como as moradias de comunidades carentes – as dificuldade na organização da rede pública – burocracia, marcação de agenda, absenteísmo nas consultas, dentre outros, que resultam na falta de acesso a leitos, atendimento médico e afins. BARBOZA, Renata; IANNI, Aurea Maria Zöllner; MORAIS, Maria de Lima Salum. *Acesso e Estruturação da Atenção Básica na Região Metropolitana da Baixada Santista: uma análise dos gestores*. Acesso aos serviços de saúde em municípios da Baixada Santista. São Paulo: Instituto de Saúde, 2008. p. 36.

2 O direito social à saúde

Verifica-se um estreito nexo de interdependência ou independência mútua entre os direitos fundamentais e o Estado de Direito, de sorte que a sua história se liga ao surgimento do Estado Constitucional cuja essência e razão residem no reconhecimento e tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. (LUÑO, 1984)

Decerto que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia – do pensamento cristão e da cultura greco-romana - deixou como legado as ideias-chave da dignidade humana, da liberdade e da igualdade dos homens que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista. (SARLET, 2012)

Porém, em fase inicial de reconhecimento, os direitos fundamentais na esfera do direito positivo eram protegidos em favor da burguesia, garantindo a liberdade, a igualdade - na casta, e não entre castas - e a propriedade, sendo apontada a Magna Carta (1215) como um dos primeiros documentos escritos que os reconhece.

No século XVIII, a transição das liberdades legais inglesas para os direitos fundamentais constitucionais foi marcada por dois documentos importantes, quais sejam, a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776 e a Declaração Francesa, de 1789, nascendo a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais positivados.

Embora as referidas declarações configurem um marco na evolução do constitucionalismo mundial, apresentam marcada ideologia individualista, tutelando apenas a liberdade, a propriedade e a busca da felicidade, não estando restritas aos membros de um estamento ou casta, mas a “todo indivíduo.” (LUÑO, 1984)

Porém, os direitos não eram de todos os indivíduos, mas daqueles que não fossem escravos, considerando-se que, nos Estados Unidos da América, por exemplo, a escravidão somente foi abolida, efetivamente, em 1808. De sorte que essas Declarações de Direitos tutelavam os livres e, em especial, aqueles que, além de livres, eram burgueses.

Apenas a partir do século XIX, com a revolução do proletariado, surgiram as reivindicações que culminaram com os direitos econômicos e sociais, de forma que o século XX assistiu aos primeiros documentos que tutelaram além de os direitos de liberdade, também, os direitos sociais.

A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 foram as principais inspirações de grande parte das Cartas do pós guerra e dos países que saíram do regime autoritário, que sob o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos, tornaram necessária a positivação de direitos econômicos e sociais.

Porém, é em meados do século XX, após a experiência dos governos totalitários e as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, que surgiu forte movimento para elevar ao âmbito do direito internacional a tutela dos direitos do homem, garantindo no mundo ocidental a universalização dos direitos fundamentais.

O mundo de então não era mais o mesmo e, como forma de tutelar a existência da própria espécie humana, inúmeros documentos, tratados, convenções e pactos internacionais foram firmados, e todos com um objetivo comum: impedir que o ser humano sofresse sob a dominação de seus pares, qualquer que fosse a razão.

O homem, dessa forma, passou a ser o centro de atuação de Estados e de organismos internacionais, não se admitindo qualquer violação aos seus direitos, garantidos pela sua própria condição humana, independentemente de raça, cor, sexo, origem, crença ou qualquer outro fator distintivo.

Tutela-se a dignidade humana – como valor que fundamenta os próprios direitos humanos – que se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo, garantindo o mínimo de direitos a todos para uma existência digna. (BARROSO, 2013)

A evolução da proteção do direito à saúde no direito constitucional brasileiro não se distanciou muito da história de sua proteção na Europa, sendo mais sincrônica com a proteção dos direitos sociais do que com a evolução dos direitos fundamentais, em que o anacronismo com o sistema europeu e americano é mais evidente.

Percebe-se certa abertura à proteção dos direitos sociais desde a Constituição do Império, outorgada em 1824, que garante a todo cidadão os socorros públicos², malgrado não se possa fugir à observação que tal garantia não era voltada a todos os indivíduos integrantes do Estado brasileiro ainda sob um regime escravocrata.

A Constituição Republicana de 1891 não trilhou os mesmos passos, refletindo o pensamento liberal da época e passando ao largo de qualquer pretensão social, limitando-se a disposições relacionadas à organização do Estado e ao reconhecimento dos direitos de liberdade (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010).

Assim, no período que compreende desde o Império até a República Velha, a saúde pública era prestada pelo Estado a título de *favor* ou *benesse* concedida ao povo e não como uma obrigação para com os cidadãos que compunham a unidade política estatal (ASENSI, 2010).

Podia ser retirada ou restringida em qualquer momento, sem qualquer garantia de sua manutenção e submetida à discricionariedade do poder público sem a existência de qualquer instrumento jurídico que garantisse a universalidade desse direito, ou que o benefício não fosse feito para uns em detrimento de outros (ASENSI, 2010).

Com a Constituição de 1934 que trouxe título próprio para “Ordem Econômica e Social” (Título IV), houve a adoção do chamado Estado Social de Direito (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010) com a ampliação dos direitos dos trabalhadores, a criação de caixas de assistência e a reconfiguração das relações no campo da saúde.

Da instalação da colônia até a década de 1930, as ações eram desenvolvidas sem significativa organização institucional, assim como também ocorria na Europa, ainda se recuperando da Primeira Guerra Mundial, porém, a partir da Constituição de 1934, a saúde passou a ser tutelada como um direito atrelado ao trabalhador³.

Porém, observa-se a inexistência de um caráter universal de proteção da saúde pública, sendo essa voltada para a pequena parcela do povo brasileiro que possuía emprego formal. Parcela significativa da população, contava apenas com entidades filantrópicas – Santas Casas – para prestação de socorro nos momentos de saúde abalada.

A marginalização dessa parcela da sociedade foi mantida pelos regimes posteriores, já que todos os que sucederam à Constituição de 1934 mantiveram a saúde como um direito social exclusivo do trabalhador e extensível a seus familiares, porém, não como um direito universalmente protegido.

A Constituição da República de 1937 manteve a estrutura protetiva da saúde do trabalhador existente no sistema anterior até sua vigência suspensa pelo Decreto 10.358/1942 e a Constituição de 1946 também manteve a proteção da saúde somente em favor do trabalhador, dispondo, ainda, sobre as normas de competência para editar matérias sobre saúde.

Da mesma maneira, mantiveram-se a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 01 de 1969 em um movimento de mercantilização da saúde, pois seu acesso esteve diretamente ligado à capacidade do

2 Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...] XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos.

3 Artigo 121, §1º, alínea “h”, previa garantia a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a essa descanso antes e depois do parto, sem prejuízo de salário e de emprego.

indivíduo suportar o pagamento de planos privados, ou à sua condição de trabalhador, caracterizando a saúde como um serviço ou um benefício. (ASENSI, 2010).

Em contraponto, no contexto do pós segunda guerra após as experiências de violação dos direitos humanos, há a elevação do ser humano ao centro de toda atuação estatal e de organismos internacionais (BARROSO, 2013), foi criada a Organização Mundial de Saúde (OMS), que passou a ser a autoridade coordenadora das ações sanitárias no sistema das Nações Unidas.

Suas responsabilidades abrangem a função de liderança nos assuntos sanitários mundiais, configura a agenda das investigações em saúde, estabelece normas, articula opções de políticas, presta apoio técnico aos países e vigiar as tendências sanitárias mundiais, de forma a garantir a realização desse direito humano de tal sorte que a saúde passou a ser uma responsabilidade não apenas dos organismos internacionais, mas compartilhada por todos os países da comunidade internacional, sendo exigido o acesso equitativo aos serviços e atenção sanitária, além da defesa coletiva da saúde frente às possíveis ameaças internacionais.

No mesmo período, foi realizada a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, na qual resultou a Declaração de Alma-Ata, documento que refirma a saúde como um direito do homem, asseverando a necessidade de sua promoção, proteção e recuperação para o desenvolvimento econômico e social.

Isso ocorre por meio de adoção de medidas sanitárias e sociais, mediante o reconhecimento do direito do indivíduo não meramente à saúde, mas, também, ao acesso aos cuidados em saúde em correspondência com um dever imposto aos governos do mundo, o de prover os referidos cuidados. (GLOBKNER, 2011)

Malgrado a ineficácia da declaração formal de Alma-Ata, ali restou consolidado o bem jurídico “saúde” como um fim a ser perseguido pelos Estados, qualquer que fosse a forma de sua realização, por meio de seus próprios entes, órgãos ou pessoas por eles criados ou por meio desse em parceria com o setor privado.

Ademais, não havia qualquer diretriz indicando que o serviço de saúde deveria ser prestado somente ao indivíduo que estivesse vinculado a um plano privado ou uma caixa assistencial, tal qual ocorria no Brasil. Ao contrário, a diretriz estabelecida internacionalmente indicava a necessidade de proteção de todos os seres humanos, indistintamente.

Essas transformações corroboraram, a partir da década de 70, o início do movimento no Brasil em favor da Reforma Sanitária, que surge no meio acadêmico, mas se expande para órgãos e entidades ligados à saúde, contrapondo-se à concepção não universal de saúde e defendendo essa como um direito subjetivo de todos os indivíduos. (ASENSI, 2010)

Em especial, na 8ª Conferência Nacional de Saúde foi elaborado documento de caráter eminentemente político, traçando pauta de reivindicações acolhidas no processo de redemocratização, que respaldou toda a construção de garantia do direito à saúde para todos os indivíduos, indistintamente da Constituição de 1988.

A construção do projeto da reforma sanitária fundava-se na noção de crise em três aspectos: a crise do conhecimento e da prática médica; a crise do autoritarismo; a crise do estado sanitário da população; e, em especial, a crise do sistema de prestação de serviços de saúde. (FLEURY, 2009)

Dessa forma, saúde pública como um valor universal garantido a todos os indivíduos da sociedade brasileira, indistintamente, nasce como uma luta política, no contexto de crise democrática do governo ditatorial instaurado desde o Golpe de 1964 com a percepção social da saúde como um direito de cidadania. (ASENSI, 2010)

Com a Constituição de 1988 os direitos fundamentais foram tratados com a merecida relevância que se requer para o trato da matéria, que pode ser demonstrado dentre diversas inovações traduzidas

como a posição topográfica, a denominação e a inserção dos direitos sociais dentro do título dos direitos fundamentais.

A situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, quer traduzir maior rigor lógico, na medida em que constitui parâmetro hermenêutico e valor superior de toda a ordem constitucional e jurídica. (SARLET, 2012)

Além disso, a utilização da terminologia “direitos e garantias fundamentais” em substituição a denominação “direitos e garantias individuais” denota a superação do caráter liberal e individualista que marcava os regimes constitucionais anteriores, denotando outras categorias como os direitos sociais e difusos.

Por fim, a inserção dos direitos sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável, sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social.

A previsão do direito à saúde como direito fundamental social, cujo acesso deve ser universal, igualitário e gratuito, configurando dever do Estado e direito de todos os cidadãos, ocasiona a reconfiguração da saúde pública de forma a garantir a prestação de bens, utilidades e serviços necessários à sua fruição.

O tema será tratado a seguir.

3 A constituição de 1988 e as políticas de saúde

No que tange ao direito à saúde, determina a Constituição de 1988 o dever do Estado de formulação, execução e controle de políticas públicas de acesso *universal, igualitário e gratuito* aos cidadãos a ações e serviços de *promoção, proteção e recuperação* da saúde, bem como, a redução de risco de doença e outros agravos⁴.

Para garantir tais políticas públicas, a Constituição Federal vincula a aplicação mínima de recursos a ações e serviços públicos de saúde⁵, inclusive, prevendo a intervenção da União nos Estados e Distritos Federais e dos Estados nos Municípios para garantir o investimento do mínimo exigido das referidas receitas⁶.

Nesse tocante, a lei fundamental atribui competência administrativa comum para todos os entes federativos de atividade de tutela da saúde e assistência pública⁷, em especial, para os municípios prestarem, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estados, os serviços de atendimento à saúde da população⁸.

Estipula a integração das políticas públicas desses entes, com a articulação dos conjunto de ações e serviços de saúde, bem como, de controle, pesquisa e produção de insumos, medicamentos

4 Artigo 196 e 197 da Constituição Federal de 1988.

5 Dispõe a Constituição no artigo 198 §2º que o Sistema Único de Saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, determinando que esses entes aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados no caso da União montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos do artigo 5 a 8 da Lei Complementar 141 de 2012, que, também, define as despesas que são tidas com ações e serviços públicos de saúde, bem como as despesas que estão excluídas, determinando o dever de transparência e visibilidade da Gestão da Saúde com prestação de contas periódicas pelos órgãos gestores de saúde dos entes federativos.

6 Artigo 34 inciso VII “e” e Artigo 35 inciso III da Constituição Federal de 1988.

7 Artigo 23 inciso II da Constituição Federal de 1988.

8 Artigo 30 inciso VII da Constituição Federal de 1988.

e equipamentos de saúde, prestados pela Administração Pública Direta e Indireta no Sistema Único de Saúde.

Cabe ao Sistema Único de Saúde a formulação e execução de políticas públicas, que abrange ações voltadas ao *cidadão* com oferecimento de bens e serviços na proteção de sua saúde, ao *profissional*, garantindo a saúde no meio ambiente de trabalho e a *iniciativa privada* resguardando a saúde da população no exercício da atividade econômica e científica.

No que se refere à *iniciativa privada*, por um lado engloba a ordenação da formação de *recursos humanos na área de saúde*, a formulação da política de *medicamentos, insumos de saúde, sangue e derivados*, a fiscalização e inspeção de *alimentos e líquidos para consumo humano* e controle e fiscalização de *substâncias psicoativas, tóxicas e radioativas*⁹.

Por outro, compreende o incremento, em sua área de atuação, do *desenvolvimento científico e tecnológico* em saúde, mediante o financiamento compartilhado com o Sistema Único de Saúde, universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de instituições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executora¹⁰.

No que tange ao *trabalhador*, compreende ações de *vigilância epidemiológica e vigilância sanitária* que busquem promover e proteger a saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, garantindo assistência em razão de acidente ou doença profissional, informações sobre os riscos à saúde, dentre outros¹¹.

Corresponde, também, a *proteção ao meio ambiente de trabalho*, ou seja, as ações adotadas no ambiente laboral que busquem eliminar, diminuir ou prevenir os riscos ocorridos ou passíveis de ocorrer no local onde o trabalhador exerce sua profissão ou desenvolve seu trabalho, que tenham repercussão à saúde humana¹².

No que tange ao *cidadão*, abrange as ações de *vigilância sanitária e epidemiológica*, que buscam eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e intervir nos problemas sanitários, bem como, proporcionar o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança na saúde individual ou coletiva, para adoção de medidas cabíveis¹³.

Envolve ainda, a *vigilância nutricional e orientação alimentar* com medidas que melhorem o padrão de consumo alimentar e o estado nutricional dos cidadãos, bem como a *assistência terapêutica integral*, com oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar e de medicamentos e produtos para a saúde¹⁴.

Inclui, também, a participação em ações de *saneamento básico*, que envolve o abastecimento de água potável, o adequado esgotamento sanitário, a necessária limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e a drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, como necessárias a conservação de saúde¹⁵.

Por fim, abrange a *assistência terapêutica integral*, inclusive, *farmacêutica* que envolve, portanto, dispensa 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 agravamento à saúde a ser tratada¹⁶.

9 Artigo 6º inciso III, VI, VII, VIII, IX e XI da Lei 8.080 de 1990.

10 Artigo 6º X e Artigo 32 §5º da Lei 8.080 de 1990.

11 Artigo 6º inciso I alínea “c” e §3º da Lei 8.080 de 1990.

12 Artigo 6º inciso V e §3º inciso IV, V, VII, Artigo 16 inciso “c” da Lei 8.080 de 1990.

13 Artigo 6º inciso I alínea “a” e “b” e §1º e 2º da Lei 8.080 de 1990.

14 Artigo 6º inciso I alínea “d” e inciso IV e Artigo 19-M da Lei 8.080 de 1990.

15 Artigo 6º inciso II da Lei 8.080 de 1990 e Artigo 3º da Lei 11.445 de 2007.

16 Artigo 6º inciso I alínea “d” e artigo 19-M inciso I da Lei 8.080 de 1990.

Abrange, também, a oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar¹⁷ de acordo com as referidas diretrizes, que envolve, portanto, o oferecimento de serviços voltado à promoção, recuperação e prevenção da saúde em rede de hospitais e ambulatórios que participem do Sistema Único de Saúde.

4 A saúde pública e os serviços públicos

Como é cediço, cabe ao Estado promover a execução e fiscalização de atividades capazes de oferecer essas prestações materiais de bens e serviços necessários à fruição dos interesses coletivos socialmente almejados, individualmente fruíveis e juridicamente previstos em um conjunto designado serviço público (ARAGÃO, 2008).

Sob esse viés, os serviços públicos são instrumentos para a realização dos direitos fundamentais, ao garantir por meio do oferecimento de bens e utilidades essenciais, as prestações positivas necessárias à realização de um núcleo mínimo necessário à preservação da dignidade da pessoa humana.

Abrange, portanto, a adjudicação do conjunto de prestações mínimas necessárias à viabilização das necessidades essenciais de vida do indivíduo, impondo o dever de prestação de serviço público e a garantia de acesso àquele núcleo básico de direitos fundamentais por todos os indivíduos na sociedade.

Nesse tocante, o acesso ao serviço público é um elemento de identidade que contribui para o sentimento de inserção do indivíduo na comunidade, além de exteriorizar o compromisso desse grupo social na garantia de direitos aos indivíduos e na igualdade de tratamento desses perante os gestores (JUSTEN, 2003).

Porém, não abrange apenas a garantia de *acesso* às prestações necessárias para a concretização do direito social, *in casu*, o atendimento hospitalar ou ambulatorial, mas a garantia de que o serviço seja prestado de forma *adequada*¹⁸ a permitir a assistência terapêutica integral do indivíduo.

Para tanto, deve observar a *generalidade*, de forma que deve ser prestado com a maior amplitude possível, beneficiando o máximo possível de usuários e vedando qualquer discriminação entre os beneficiários ou a criação de preferências arbitrárias (CARVALHO FILHO, 2012).

A generalidade, que demanda a prestação do serviço público com a maior amplitude possível, garante acesso ao atendimento hospitalar e ambulatorial para *todos* os cidadãos independente de condições pessoais, sem preconceitos ou privilégios, mesmo que possuam situação financeira ou titularidade de plano de saúde.

Nesse sentido, em recente julgado da Justiça Federal, foi garantido o fornecimento de medicamento contra câncer à pessoa titular de plano de saúde, sob o fundamento de ser o acesso ao Sistema Único de Saúde universal que deve fornecer medicamentos a todos os brasileiros, incluindo aqueles que possuem planos de saúde¹⁹. (GÓIAS, 2013)

17 Artigo 6º inciso I alínea “d” e artigo 19-M inciso II da Lei 8.080 de 1990.

18 A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu Art. 175: incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: IV - a obrigação de manter serviço adequado. A Lei 8.987 de 1995, que versa sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos dispõe no artigo 6º §1º: serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

19 “O SUS se destina, pois ao atendimento de toda a população brasileira, aí incluindo os estrangeiros. O argumento da UNIÃO nesses autos, no sentido de excluir do acesso ao SUS os titulares de plano de saúde privado, não encontra qualquer apoio na legislação brasileira e se baseia em premissas equivocadas. A ideia de que o SUS serve apenas aos necessitados se baseia na realidade brasileira, em que as classes abastadas procuram assistência médico-hospitalar de melhor qualidade por meio de empresas privadas. Isso, porém, não decorre de qualquer característica legal do SUS”.

Não se ignora que para manter o equilíbrio do sistema público de saúde, a Lei Federal que disciplina os planos de saúde – Lei nº 9.656/1995 – permite ao Poder Público cobrar da seguradora privada de saúde os gastos expendidos com o titular de plano de saúde que se socorre do serviço público, mas isso não importa em mitigação da generalidade.

Por efeito, as políticas públicas de saúde, de acesso *universal e igualitário*²⁰, devem garantir o acesso ao serviço público hospitalar e ambulatorial para todos os cidadãos independente de condições pessoais, sem preconceitos ou privilégios²¹, mesmo que possuam situação financeira ou titularidade de plano de saúde.

Deve, ainda, observar, a *continuidade* de forma que as prestações impostas ao Estado pela ordem jurídica devem ser permanentemente asseguradas aos usuários (MOREIRA NETO, 2006), salvo nas hipóteses de interrupção em situação de emergência ou mediante aviso prévio fundamentado²².

Desse modo, as políticas públicas de saúde devem permitir de forma *contínua* o oferecimento do serviço público hospitalar e ambulatorial à sociedade, sendo vedado o não oferecimento de tratamento de promoção, proteção e recuperação, por ausência de médicos, leitos ou de insumos, devendo ser oferecida por outros meios²³.

Por fim, envolve a *eficiência* que reclama a adoção de processos e técnicas que garantam o melhor desempenho possível nas atribuições do agente público e a melhor organização e estruturação da atividade de persecução do interesse público para lograr os melhores resultados na prestação do serviço público (DI PIETRO, 2011).

A eficiência reclama na Administração da Saúde a adoção de processos e técnicas, bem como a especialização dos agentes e a melhoria da estrutura para lograr os melhores resultados possíveis na prestação do serviço público dentro de uma política eficiente e eficaz para realização do direito garantido.

No que tange à saúde pública, isso significa o oferecimento de serviço público hospitalar e ambulatorial de forma *eficiente* com alocação adequada e utilização racional dos recursos humanos e dos materiais conforme a demanda, garantindo que todos tenham atendimento com mínimo de tempo possível e máxima de qualidade atribuível.

5 Conclusão

Como visto, a saúde pública somente veio a ser tutelada como um direito social e garantido a todo cidadão de forma universal, gratuita e igualitária, a partir da Constituição de 1988, fato que se demonstra uma contradição, considerando-se a evolução dos direitos fundamentais e dos direitos sociais e sua relação intrínseca com a vida e o bem estar.

Tutelada como um dever Estatal, a lei fundamental impôs à implementação de políticas públicas que sejam capazes de garantir o oferecimento dos bens, serviços e utilidades públicas aos cidadãos necessárias à promoção, proteção e recuperação de sua saúde, o que ocorre mediante o acesso a serviços públicos.

Nesse tocante, o presente trabalho buscou demonstrar que consagrado o direito à saúde e o dever estatal de executar políticas públicas de assistência médica integral, o acesso aos serviços hospitalares e ambulatoriais

20 Art. 196 da Constituição Federal de 1988 e Artigo 7º inciso I da Lei 8.080 de 1990.

21 Artigo 7º inciso IV da Lei 8.080 de 1990.

22 A Lei 8.987 de 1995 dispõe no artigo 6º §3º: não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

23 Seja através do remanejamento do paciente para outro hospital, a convocação de outro agente público estatutário ou terceirizado ou a contratação de leitos em clínica ou hospital particular, cabe ao Poder Público na concretização do direito a saúde não suspender a prestação do serviço, sob pena de sanções criminais, administrativas e civis, pelos riscos criados e danos causados à integridade do cidadão.

devem ser garantidos de forma ampla, contínua e eficiente tutelando a saúde do indivíduo e o dever de prestar serviço público.

Nesse tocante, verificou-se que apesar do avanço de reconhecimento da tutela pública de saúde, torna-se essencial garantir, no que tange às políticas públicas, a sua *efetividade*, mediante não apenas o oferecimento do serviço público, mas o acesso *generalizado, contínuo e eficiente*, do atendimento hospitalar e ambulatorial.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas; Centro de Justiça e Sociedade, 2010.
- ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à Saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La Evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art5.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2013.
- FLEURY, Sonia. Revisitando “a questão democrática na área da saúde”: quase 30 anos depois. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n.81, jan./abr. 2009.
- GÓIAS, Tribunal de Justiça de. *Processo 17921-26.2013.4.01.3500/Classe 1900*. Seção Judiciária do Estado de Goiás.
- GLOBEKNER, Osimir Antonio. *A Saúde entre o Público e o Privado: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*. Curitiba: Juruá, 2011.
- JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Forense, 2006.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1984.
- OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. Participação, Saúde e Direito na Assembleia Nacional Constituinte: um resgate do debate. In: *Anais do XV Encontro Nacional do CONPEDI*. Manaus, 2006. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Mariana%20Siqueira%20de%20Carvalho%20Oliveira_Direito%20e%20Política.pdf (acesso em 01/06/2014).
- REAFFRAY, Ana Paula Orila. *Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ROLLA, Giancarlo. *La Concepcion de los Derechos Fundamentales em el Constitucionalismo Latinoamericano*. Disponível em: <<http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Rolla3.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Autismo: o ideal e o real na
efetivação da decisão jurisdicional
que implementa políticas públicas**

**Autism: the ideal and real
effective in the judicial decision
that implements public policies**

Grasielly de Oliveira Spínola

Autismo: o ideal e o real na efetivação da decisão jurisdicional que implementa políticas públicas

Autism: the ideal and real effective in the judicial decision that implements public policies

Grasielly de Oliveira Spínola*

Resumo

Doença ainda desconhecida pelo grande público e cercada de mitos sobre seus sintomas e limitações, o Autismo necessita de atenção especial do Poder Executivo para implementação de Políticas Públicas capazes de atender satisfatoriamente aos portadores desse distúrbio. Na omissão do Legislativo ou, comprovada a ineficiência das medidas por ele implementadas no tratamento de saúde e educacional dos autistas, nasce o poder/dever do Judiciário de assegurar os direitos desse grupo e de suas famílias. O ativismo judicial, no caso de implementação de políticas públicas relacionadas aos autistas, será analisado a partir de decisões específicas dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Norte, de forma comparativa, a fim de apontar direcionamento para o acesso à tutela jurisdicional que se coadune com o projeto constitucional.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Autismo. Políticas Públicas. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas

Abstract

Disease remains unknown by the general public and surrounded by myths about their symptoms and limitations, autism needs special attention of the Executive Branch to implement public policies able to meet satisfactorily the carriers of this disorder. The omission of the Legislature or proven inefficiency of the measures he implemented in health care and education of autistic born power / duty of the judiciary to ensure the rights of this group and their families. The judicial activism in the case of implementation of public policies related to autism, will be analyzed from specific decisions of the Courts of Justice of São Paulo and Rio Grande do Norte, in a comparative way, to point a solution that is more consistent with the constitutional project.

Keywords: Fundamental Rights. Autism. Public Policy. Jurisdictional Control of Public Policy. Book of the Possible. Minimum Existential.

1 Introdução

A possibilidade de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas é um tema muito discutido atualmente, que encontra divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Por um lado temos os direitos fundamentais

consagrados no texto constitucional e que são diuturnamente desrespeitados pelo Estado, principalmente aqueles relacionados à saúde.

Ocorre que os legitimados para propositura de ações coletivas estão cada vez mais atuantes na garantia desses direitos e também o cidadão comum já está descobrindo que pode buscar individualmente o judiciário para cobrar aquilo que o Estado garante aos cidadãos através da Constituição.

Esta situação assume maior relevo quando o direito à saúde que se busca está diretamente ligado ao tratamento de uma doença ainda desconhecida e repleta de mitos como o autismo.

Para os portadores dessa doença, ter acesso a um tratamento adequado e educação especializada, é garantir-lhes a dignidade humana e a chance de inclusão social. Se o Legislativo e o Executivo não implementam políticas públicas que assegurem essas condições, o Poder Judiciário tem o poder/dever de fazê-lo.

Em que pese estarmos tratando do mesmo assunto, veremos que os tribunais de São Paulo e do Rio Grande do Norte assumem posições antagônicas no que se refere à aplicação de teorias como a *Reserva do Possível* e o *Mínimo Existencial*, o que passaremos a analisar a fim de verificar a compatibilidade de tais decisões com o projeto constitucional de transformação social.

Além disso, será analisada a efetividade de cada decisão, levando-se em conta o tipo de direito tutelado em cada uma delas e de que maneira poderia se aperfeiçoar a prestação jurisdicional.

2 Sobre o autismo: diagnóstico, sintomas e tratamentos

Trata-se de uma disfunção global do desenvolvimento que aparece tipicamente nos três primeiros anos de vida e que afeta a capacidade de comunicação do indivíduo, de socialização (estabelecer relacionamentos) e de comportamento (responder apropriadamente ao ambiente).¹ Essa doença acomete cerca de 20 entre cada 10 mil nascidos e é quatro vezes mais comum no sexo masculino do que no feminino.

Algumas crianças autistas podem apresentar inteligência e fala intactas, outras, entretanto, apresentam sérios problemas no desenvolvimento da linguagem, de interação e podem parecer fechadas e distantes ou presas a rígidos e restritos padrões de comportamento.

Um dos mitos mais comuns sobre o autismo é de que pessoas autistas vivem em seu próprio mundo, interagindo apenas com o ambiente que criaram, mas isso não é verdade. Se, por exemplo, uma criança autista fica isolada observando as outras crianças brincarem, esse fato ocorre não porque ela necessariamente está desinteressada dessas brincadeiras ou porque vive em seu mundo. Na maioria das vezes, essa criança tem dificuldade de iniciar, manter e terminar adequadamente uma conversa ou brincadeira, ou seja, dificuldade de interação.²

Os diversos modos de manifestação do autismo também são designados de *espectro autista*, indicando uma gama de possibilidades dos sintomas do autismo. De acordo com o quadro clínico, podem ser divididos em 3 grupos:

- 1) ausência completa de qualquer contato interpessoal, incapacidade de aprender a falar, incidência de movimentos estereotipados e repetitivos, deficiência mental;
- 2) o portador é voltado para si mesmo, não estabelece contato visual com as pessoas nem com o ambiente; consegue falar, mas não usa a fala como ferramenta de comunicação (chega a repetir frases inteiras fora do contexto) e tem comprometimento da compreensão;

1 SCHWARTZMAN, José Salomão. Autismo e outros transtornos do espectro autista. *Revista Autismo*, 2010. p. 29.

2 GAUDERER, E. Christian. *Autismo e outros atrasos do desenvolvimento*. guia prático para pais e profissionais. Rio de Janeiro: Revinter, 1997. p. 3.

- 3) domínio da linguagem, inteligência normal ou até superior, menor dificuldade de interação social que permite aos portadores levar vida próxima do normal.

Na adolescência e vida adulta, as manifestações do autismo dependem de como as pessoas conseguiram aprender as regras sociais e desenvolver comportamentos que favoreceram sua adaptação e auto-suficiência enquanto eram crianças.

Em assim sendo, cada autista deve receber o diagnóstico e iniciar o tratamento o mais breve possível, sendo que esse tratamento deve ser direcionado às necessidades de cada indivíduo, de acordo com o *espectro autista*, tanto nas instituições de saúde, quanto no ambiente escolar frequentado.

É importante salientar que a terapêutica pressupõe uma equipe multi e interdisciplinar, com tratamento médico de pediatria e psiquiatria e tratamento não-médico, com psicólogos, fonoaudiólogos, pedagogos, terapeutas ocupacionais, além de educadores preparados para lidar com as necessidades especiais. Todas essas medidas, em conjunto, são capazes de proporcionar evolução progressiva do prognóstico e inclusão social do autista.

3 O controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas ao autismo no Estado de São Paulo

No ano de 2000, impulsionado por uma denúncia oferecida pelo pai de um autista, o Ministério Público do Estado de São Paulo instaurou Inquérito Civil para verificar se o Estado disponibilizava tratamento e educação específicos às necessidades de pessoas com autismo.

Depois de tomadas as medidas investigatórias cabíveis, verificou-se que o Estado somente disponibilizava tratamento psiquiátrico comum aos autistas e não um tratamento especializado capaz de atender às necessidades específicas e multidisciplinares.

O Ministério Público tentou firmar um acordo com a Administração Pública, mas o Estado de São Paulo não demonstrou interesse em incluir o tratamento especializado para autistas na lista do Sistema Único de Saúde, nem em disponibilizar entidades especializadas na educação e formação de pessoas acometidas por essa doença.

Dessa maneira, o Ministério Público ajuizou uma Ação Civil Pública³, com pedido de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, requerendo a condenação da ré ao pagamento do valor integral necessário ao tratamento, assistência e educação de autistas em entidades de tratamento especializadas.

A referida ação foi julgada procedente em primeira instância para condenar a Fazenda Pública de São Paulo, enquanto não dispuser de unidades próprias e gratuitas especializadas no tratamento de autistas, a arcar com o valor integral do tratamento, assistência e educação de autistas em entidade privada de tratamento especializada em regime integral ou parcial para todos os residentes no Estado, como se vê no trecho da parte dispositiva da sentença abaixo:

JULGO PROCEDENTE a Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, com fundamento no artigo 269, inciso I, do código de Processo Civil, para CONDENÁ-LA, até que, se o quiser, providencie unidades especializadas próprias e gratuitas, nunca as existentes para o tratamento de doentes mentais “comuns”, para o tratamento de saúde, educacional e assistencial aos autistas, em regime integral ou parcial especializado para todos os residentes no Estado de São Paulo, a:

I -Arcar com as custas integrais do tratamento (internação especializada ou em regime integral ou não), da assistência, da educação e da saúde específicos, ou seja, custear tratamento especializado

3 Processo nº 053.00.027139-2, que tramitou perante a 6ª Vara Cível da Fazenda Pública de São Paulo.

em entidade adequada não estatal para o cuidado e assistência aos autistas residentes no Estado de São Paulo;

II - Por requerimento dos representantes legais ou responsáveis, acompanhado de atestado médico que comprove a situação de autista, endereçado ao Exmo. Secretário de Estado da Saúde e protocolado na sede da Secretaria de Estado da Saúde ou encaminhado por carta com aviso de recebimento, terá o Estado o prazo de trinta (30) dias, a partir da data do protocolo ou do recebimento da carta registrada, conforme o caso, para providenciar, às suas expensas, instituição adequada para o tratamento do autista requerente;

III - A instituição indicada ao autista solicitante pelo Estado deverá ser a mais próxima possível de sua residência e de seus familiares, sendo que, porém, no corpo do requerimento poderá constar a instituição de preferência dos responsáveis ou representantes dos autistas, cabendo ao Estado fundamentar inviabilidade da indicação, se for o caso, e eleger outra entidade adequada;

IV - O regime de tratamento e atenção em período integral ou parcial, sempre especializado, deverá ser especificado por prescrição médica no próprio atestado médico antes mencionado, devendo o Estado providenciar entidade com tais características;

V - Após o Estado providenciar a indicação da instituição deverá notificar o responsável pelo autista, fornecendo os dados necessários para o início do tratamento. Para a hipótese de descumprimento das obrigações de fazer dos itens I a V, fixo a multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), destinada ao Fundo Estadual de Interesses Metaindividuais Lesados (artigo 13 da Lei Federal nº 7347/85), tendo a ré o prazo máximo de 30 (trinta dias), a contar da intimação da presente decisão, para disponibilizar, de forma permanente, tal atendimento aos portadores de autismo.

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo interpôs recurso de Apelação contra a referida decisão, alegando ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo, à qual foi negado provimento pela Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, acórdão assim ementado:

ACÇÃO CIVIL PUBLICA - Fornecimento de tratamento especializado aos autistas – Alegada ausência de interesse processual e ilegitimidade do Ministério Público - Inocorrência - Art. 5º CF - Norma constitucional de proteção à saúde pública - Alegada ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo - Inocorrência - Controle jurisdicional dos atos discricionários - Garantia de direito à saúde pública – Aplicação de multa diária por descumprimento - Objetivo de compelir o administrador a implementar as políticas públicas – Recursos não providos.⁴

O Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a decisão de primeira instância por considerar que a Fazenda do Estado não pode afirmar discricionariedade administrativa para manter a ilegalidade nem legitimá-la pela decantada falta de previsão orçamentária (Teoria da Reserva do Possível). Se assim o fosse, o exercício de direitos coletivos, difusos, individuais ou de interesse público ficaria sempre subordinado à discricionariedade administrativa e boa vontade do administrador em inserir no orçamento as verbas necessárias.

Ao analisar os dispositivos da sentença que, diga-se, foi proferida em 28 de dezembro de 2001, é de se reconhecer que o controle jurisdicional da política pública relacionada ao autismo foi realizado no intuito de se assegurar o cumprimento da decisão, pois o magistrado não se preocupou apenas que o Estado fornecesse o tratamento, mas que esse tratamento fosse adequado, em instituição especializada e próxima à casa do doente, a fim de facilitar o seu acesso.

Entretanto, ao indicar muitos comandos, específicos e demasiadamente detalhados, acabou-se por complicar e dificultar a sua liquidação.

4 SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível. AC nº 278.801.5/8-00.

A primeira dificuldade é relacionada com o tipo de liquidação a ser feita, que só poderá ser individual. Isso significa que, toda vez que uma pessoa autista tiver que cobrar os seus direitos assegurados na sentença, deverá procurar individualmente a secretaria de saúde, realizar os procedimentos determinados, indicando a instituição de sua preferência e aguardar o prazo de trinta dias para ter a resposta administrativa do início e local de tratamento.

Caso a Secretaria de Saúde permaneça inerte ou descumpra parcialmente algum comando da sentença, o representante do autista deverá dar início a Execução de Sentença Individual, expondo os seus motivos e comprovando suas alegações.

Levando-se em conta o número de habitantes do estado de São Paulo – local de abrangência da decisão em apreço – e o número de diagnósticos de autismo, é de se aferir a inviabilidade do Judiciário em apreciar, um a um, cada caso de liquidação e, conseqüentemente, a demora no cumprimento da determinação judicial.

Como era de se esperar, após o trânsito em julgado, foram iniciadas as execuções individuais mediante habilitação de pessoas naturais autistas, por meio de seus representantes legais e, depois de providências junto à secretaria de saúde e educação, o juiz determinava o reembolso dos valores pagos às entidades particulares pelo sistema de depósito judicial.

Entretanto, oito anos após o trânsito em julgado da sentença e quando já haviam sido habilitadas milhares de execuções individuais que lotavam aquela vara, o Juiz de Direito Auxiliar, que acabava de assumir a 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital, entendeu por bem extinguir as execuções individuais com base no art. 462 do CPC (carência superveniente em face das providências tomadas no processo principal) ao mesmo tempo em que, na ação principal, determinou que o Estado tomasse providências para registrar e fornecer o tratamento adequado aos autistas na via administrativa.

Além disso, o juiz decidiu que não seriam processadas novas habilitações, pois os interessados deveriam diligenciar diretamente perante a Secretaria de Estado da Saúde – em flagrante negativa de prestação jurisdicional.⁵ Determinou ainda que o Ministério Público de São Paulo, depois de convocação dos responsáveis pelos autistas por meio da imprensa escrita e televisiva, propusesse uma única e derradeira execução de sentença.

Essa decisão instaurou verdadeiro tumulto processual tendo, inclusive, sido oferecida exceção de suspeição contra o magistrado por “falta de sensibilidade à causa autista” e, apesar de julgada improcedente a exceção, o juiz foi afastado da causa.

Esse ato do juízo, na prática, cassou os efeitos da decisão anterior proferida no processo de conhecimento, (decisão essa confirmada pelo TJSP e transitada em julgado), em clara afronta ao Devido Processo Legal e à Coisa Julgada Material. Além disso, deixou os autistas de São Paulo na mesma condição de desamparo em que se encontravam antes do ajuizamento da Ação Civil Pública no ano de 2000.

Contra tal decisão, o Ministério Público Paulista interpôs Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, alegando ofensa aos art. 125 e 471 do CPC, 81 do CDC, 16 do LACP e art. 5º, XXXV da CF/88.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, demonstrando coerência com a decisão anteriormente retratada, deferiu a liminar para suspender toda e qualquer eficácia do ato agravado e proferiu acórdão assim ementado:

TÍTULO EXECUTIVO COLETIVO. EXECUÇÃO. PRINCIPIO DISPOSITIVO. ATRIBUIÇÕES DO JUÍZO. 1. O título executivo judicial contém provimento de natureza coletiva

5 “Enfim, esta foi a brilhante forma encontrada pelo julgador para ‘resolver, definitivamente, a questão do tratamento dos autistas’ no Estado de São Paulo: abolir o processo civil de execução previsto na legislação pátria.” – trecho extraído do Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público Paulista através do Promotor de Justiça José Paulo França Piva.

que, sendo inviável de satisfação, permite o ajuizamento das execuções individuais². O objetivo da ação civil pública, consolidado no comando do título executivo judicial, é obstar que fique o autista ao sabor da discussão infrutífera com a Secretaria de Estado quanto à capacidade técnica da instituição eleita para prestar os serviços médicos, quando o Estado não disponibiliza os meios eficazes para sua prestação numa clara demonstração de atentado à dignidade da Justiça e da pessoa humana. 3. O ato agravado torna sem efeito o acórdão deste Tribunal e faz as coisas retornarem ao estado anterior ao ajuizamento da ação civil pública. Agravo provido⁶

Como não poderia deixar de ser, atento ao ordenamento constitucional e processual vigentes, o TJSP cassou os efeitos da decisão interlocutória proferida pelo juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, dando provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público Paulista, em 09 de abril de 2006, garantindo-se os direitos dos autistas de receberem o tratamento adequado e gratuito do Estado e ainda ressaltou a impossibilidade de deixar o autista à mercê da Secretaria de Estado para fiel cumprimento da decisão judicial.

3.1 Da ineficiência do julgado em razão da execução pela via individual

Apesar do TJSP ter agido corretamente ao cassar os efeitos da decisão do juízo de execução, que se mostrava nitidamente contrária a diversos dispositivos legais e constitucionais, o acórdão também não resolveu o problema da ineficiência do julgado. As liquidações individuais continuavam a superlotar o judiciário e os jurisdicionados continuavam tendo que aguardar prazo muito grande para receber a tutela jurisdicional e receber o reembolso à que tinham direito, isso quando conseguiam.

A nosso sentir, todo esse problema poderia ser resolvido se, ao ingressar com a Ação Civil Pública para proteção da causa autista, o Ministério Público tivesse requerido a tutela de Direitos Difusos e não de Direitos Individuais Homogêneos, como foi feito, o que a seguir se demonstrará.

3.2 Dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

O artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que interesses ou direitos difusos são os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

Já os direitos coletivos, estabelecidos em seguida, no inciso II do mesmo dispositivo legal, são os “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”

Sobre a diferenciação entre ambos, nos ensina Gregório Assagra de Almeida⁷:

Nos direitos ou interesses difusos não existe prévia relação jurídica base, pois as pessoas estão ligadas por meras circunstâncias fáticas, ao passo que nos coletivos em sentido estrito torna-se importante a existência de prévia relação jurídica base entre os membros da categoria, classe ou grupo de pessoas ou entre essas pessoas e a parte contrária.

Já os direitos ou interesses individuais homogêneos são, por definição legal do art. 81, parágrafo único, III do CDC, os decorrentes de origem comum. Eles possuem como titulares pessoas perfeitamente individualizadas, que até podem ser indeterminadas, mas são passíveis de determinação.

6 SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento. *AI 767.934-5/4-00*.

7 ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Material Coletivo: superação da Summa Divisio* direito público e direito privado por uma nova *Summa Divisio* constitucionalizada. Del Rey: Belo Horizonte. 2008.

Primeiramente poderíamos pensar que o fato de todos os interessados serem portadores de autismo geraria, por consequência, tutela de interesses individuais homogêneos, mas o direito é claramente difuso, conforme extraímos da lição de Kazuo Watanabe que bem diferencia os institutos:

Nos interesses ou direitos ‘difusos’, a sua natureza indivisível e a inexistência de relação jurídica base não possibilitam, como já ficou visto, a determinação dos titulares. **É claro que, num plano mais geral do fenômeno jurídico em análise, é sempre possível encontrar-se um vínculo que une as pessoas, como a nacionalidade. Mas a relação jurídica base que nos interessa, na fixação dos conceitos em estudo, é aquela da qual é derivado o interesse tutelando**, portanto interesse que guarda relação mais imediata e próxima com a lesão ou ameaça de lesão.⁸(grifo nosso)

Denota-se, portanto, que a *origem comum* de todos os portadores do autismo não é a existência de uma relação jurídica base e sim uma *relação de fato*, qual seja, serem portadores da mesma doença. Como vimos, os titulares de direitos difusos são indeterminados e indetermináveis, unidos apenas por uma circunstância de fato, como por exemplo, morar na mesma região, consumir os mesmos produtos, etc.

Repita-se, portanto, que no caso em apreço, a relação que une todos os portadores do direito difuso é o fato de serem portadores da mesma doença.

Registre-se ainda que, quanto ao fato de serem indeterminados os sujeitos de direitos difusos, também o são os portadores de autismo, porque ser portador do distúrbio não é necessariamente ter sido diagnosticado com a doença, especialmente em um estado como São Paulo onde muitas pessoas vivem abaixo da linha da pobreza e não têm o menor acesso à saúde. Além do mais, como bem orientou a lição de Kazuo Watanabe, acima transcrita, em que pese não ser possível a determinação do sujeito de direito difuso, em menor ou maior grau, no plano jurídico, sempre existirá vínculo entre os seus titulares, nesse caso, a doença.

3.3 Da Importância de se reconhecer os direitos e interesses difusos, no caso do autismo, para eficiência do julgado

Como vimos, os direitos relacionados ao autismo são claramente difusos e assim deveriam ter sido concebidos e analisados pelo Ministério Público, quando da propositura da Ação Civil Pública paulista, para que se alcançasse a carga de efetividade pretendida.

Ao propor, equivocadamente, a ação tutelando direitos individuais homogêneos, o *parquet* realizou verdadeira fragmentação dos interesses, obrigando os seus titulares a pleitearem individualmente a liquidação de sentença, na qual se deveriam reunir provas extremamente complicadas de suas condições peculiares.

Além disso, sobrecarregou o judiciário com milhares de execuções individuais e não assegurou o amplo acesso de todos os portadores de autismo ao tratamento, já que grande parte da população, especialmente a mais carente, sequer tomou conhecimento da ação judicial que lhe garantia direito ao tratamento.

Lado outro, caso o Ministério Público tivesse ajuizado Ação Civil Pública para tutela de direitos difusos, requerendo a condenação do Estado de São Paulo em uma única obrigação de fazer, qual seja, fornecer tratamento médico e educacional adequado aos portadores de autismo, com enfoque pluri e multidisciplinar, estipulando prazos e multas para o descumprimento, certamente haveria uma chance maior de efetividade do provimento jurisdicional.

8 GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 181.

4 O controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas ao autismo no Estado do Rio Grande do Norte

A questão autista também foi submetida à análise do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, no ano de 2008, em razão de uma sentença de primeiro grau, que determinou, em sede de antecipação de tutela, que o Estado custeasse as despesas do autor, autista, em instituição particular especializada no tratamento do autismo, pelo período necessário ao seu tratamento.

A corte superior daquele estado acolheu os argumentos do agravante e entendeu que o Estado do Rio Grande do Norte já disponibiliza tratamento especializado aos portadores de autismo, relacionando várias instituições públicas, inclusive convênio com estabelecimentos particulares, que foram informadas pelo Secretário de Estado da Educação e da Cultura.

Argumentou ainda o TJRN que atender ao autor da demanda individualmente fere o acesso universal e igualitário a todos, afetando, inclusive, as disposições orçamentárias destinadas à saúde de todos:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DETERMINAÇÃO DE TRATAMENTO EM INSTITUIÇÃO PARTICULAR. PORTADOR DE SÍNDROME DO ESPECTRO DO AUTISMO. SERVIÇO OFERECIDO PELO ESTADO EM INÚMEROS ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS. DEVER CONSTITUCIONAL DE PROMOVER A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ASSEGURANDO ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO A TODOS. CUSTEIO DE TRATAMENTO PELO ESTADO EM SITUAÇÕES INDIVIDUALIZADAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.⁹

Um dos argumentos utilizados para embasar a decisão foi a chamada *Teoria da Reserva do Possível*, segundo a qual os recursos do Estado são limitados e não seria razoável atender um único caso em detrimento da grande massa de pessoas que detém a mesma necessidade especial.

Redobrada vênua, a *Teoria da Reserva do Possível* não pode ser simplesmente invocada pelo ente público. Se suscitada, deve ser comprovada detalhadamente no orçamento, restando indubitável a inviabilidade do provimento jurisdicional que controla políticas públicas. Além do mais, tal teoria encontra sua limitação quando estamos diante de direitos que envolvem o *Mínimo Existencial*, conforme se extrai da valorosa lição de Ada Pellegrini Grinover¹⁰:

A implementação de uma política pública depende de disponibilidade financeira – a chamada reserva do possível. E a justificativa mais usual da administração para a omissão reside exatamente no argumento de que inexistem verbas para implementá-la.

Observe-se, em primeiro lugar, que não será suficiente a alegação pelo Poder Público, de falta de recursos. Esta deverá ser provada, pela própria Administração, vigorando nesse campo quer a regra da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), aplicável por analogia, quer a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, que flexibiliza o art. 333, CPC, para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los.

E a jurista conclui¹¹: “Uma última observação: nos casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito.”^{op.}

9 RIO GRANDE DO NORTE (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Agravo de Instrumento. *AI n.009099-3*.

10 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, K. (orgs) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 138.

11 GRINOVER. *op. cit.*, p. 139.

Pelo que se pode extrair do julgado, não se comprovou a alegada ofensa aos limites orçamentários e, mesmo que tivesse sido comprovada, essa teoria não se sustenta diante do Mínimo Existencial do autor, autista, que necessitava de tratamento especializado para seu desenvolvimento digno e sua inclusão social.

O Tribunal também acolheu as alegações do agravante de que o Estado já dispõe de tratamento especializado e adequado aos autistas na rede pública, baseado somente na afirmação do Secretário de Educação e Cultura, sem diligenciar no sentido de aferir se realmente este tratamento é multidisciplinar, com médicos (pediatras e psiquiatras), psicólogos, fonoaudiólogos, pedagogos, terapeutas ocupacionais, etc, a fim de atender às peculiaridades de cada diagnóstico ou se os autistas são tratados como doentes mentais comuns.

No caso em apreço, identificamos que o autor individual não teve condições de reunir provas das condições de tratamento oferecidos na rede pública do Estado com relação aos autistas, como fez o Ministério Público de São Paulo que só ajuizou a Ação Civil Pública depois de instaurar um Inquérito Civil.

Por essa razão, melhor seria que o Ministério Público do Rio Grande do Norte instaurasse Inquérito Civil com essa finalidade e, posteriormente, ajuizasse Ação Civil Pública requerendo o financiamento do tratamento de saúde e educacional especializado para todos os autistas do Estado.

Obviamente que os outros legitimados também poderiam ingressar em juízo em favor da causa autista, mas nesse caso, melhor seria que o Ministério Público o fizesse, pois somente ele é legítimo para instaurar o Inquérito Civil e, com esse procedimento investigatório, tem melhores condições de colher provas preliminares dos serviços que já são oferecidos pelo SUS e instruir a Ação Civil Pública.

Não se pode deixar de observar também que, para dar maior carga de efetividade à decisão, o Ministério Público do Rio Grande do Norte deverá tratar o interesse dos autistas como difuso, requerendo provimento jurisdicional que determine uma única obrigação de fazer ao estado, que atenda de forma ampla e irrestrita todos os portadores de autismo daquele ente da federação.

5 Conclusões

O autismo ainda é uma doença permeada de mitos e que carece de maior atenção do Poder Público para implementação de Políticas Públicas capazes de atender às necessidades especiais de cada diagnóstico.

Os pacientes autistas não podem ser tratados como doentes mentais comuns, pois para seu desenvolvimento com dignidade e sua inclusão social, necessitam de tratamento inter e multidisciplinar, composto de médicos, psicólogos, pedagogos, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais, etc., tratamento esse que deve ser custeado pelo Estado, como consequência de sua obrigação assumida no art. 3º da CF.

As decisões do estado de São Paulo, com relação aos autistas, demonstraram real interesse no bem estar desse grupo de pessoas e delinear as diretrizes para seu cumprimento.

A atuação do Ministério Público Paulista foi importante para se avançar na proteção dos direitos dos portadores de autismo naquele estado, pois utilizou-se dos procedimentos investigatórios cabíveis, produziu provas a embasar sua pretensão, utilizou-se da via adequada para implementar a política pública, que é a via coletiva, e atuou de forma incisiva para cessar os abusos do juízo de execução.

Entretanto, a decisão jurisdicional que implementou a política pública não alcançou a carga de efetividade pretendida, uma vez que o interesse foi concebido como *individual homogêneo*, quando, na verdade, tratava-se de interesse *difuso*. Esse equívoco do Ministério Público, ao ajuizar a Ação Civil Pública Paulista, que não foi sanado pela decisão de primeiro grau nem pelo TJSP, resultou em verdadeira avalanche de execuções individuais, que exigiam provas complicadas e demoravam muito tempo para serem apreciadas. Como resultado, tivemos a ineficácia do julgado.

Lado outro, caso o direito dos autistas tivesse sido tratado como difuso, e a sentença que implementou a política pública tivesse condenado o Estado a uma única obrigação de fazer, poder-se-ia executá-la por meio da via coletiva e beneficiar igualmente todos os portadores de autismo do Estado, inclusive, os menos favorecidos que não tomassem conhecimento da decisão judicial.

Noutro giro, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte demonstrou desconhecer as necessidades especiais e individualizadas dos portadores de autismo, que variam de acordo com o *espectro autista* e deixou-se convencer por argumentos relativos à *Teoria da Reserva do Possível*, sem qualquer comprovação, mesmo quando se estava diante do *Mínimo Existencial*.

Nesse caso, o fato de ter sido ajuizado um ação individual pode ter prejudicado a produção de provas e levado à improcedência do pedido em segunda instância. Nesse caso, a solução apontada seria a propositura de uma ação coletiva, preferencialmente Ação Civil Pública pelo Ministério Público, precedida de Inquérito Civil para amparar a pretensão.

Por meio de uma Ação Civil Pública que trate os interesses dos portadores de autismo do estado como *difusos*, que vise a implementação de uma política pública capaz de atender a todos os autistas indistintamente, em suas necessidades especiais médicas e educacionais, acredita-se haver maior chance de êxito para a causa autista no estado do Rio Grande do Norte.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito material coletivo: superação da Summa Divisio* direito público e direito privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada. Del Rey. Belo Horizonte. 2008.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 1997.

ARAUJO, Ana Luiza Gomes de. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetivação de suas normas: limites e possibilidades na constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto et al (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GAUDERER, E. Christian. *Autismo e outros atrasos do desenvolvimento: guia prático para pais e profissionais*. Rio de Janeiro: Revinter, 1997.

GRINOVER. Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER. Ada Pellegrini; WATANABE Kazuo. (Coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER. Ada Pellegrini; WATANABE. Kazuo; NERY JÚNIOR; Nelson. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Guilherme Peña. *Controle judicial das omissões da administração pública sob a perspectiva do neoconstitucionalismo*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Org.). *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHWARTZMAN, José Salomão. Autismo e outros transtornos do espectro autista. *Revista Autismo*, 2010.

Agradecimentos especiais à Dra. Ada Pelegrini Grinover, por tudo que representa para o Direito Brasileiro e pela generosa orientação na elaboração deste trabalho.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Direito à saúde, políticas públicas e portadores de transtorno mental: a internação compulsória do dependente químico no município do rio de janeiro

Right to health, public policy and people with mental disorder: a mandatory detention of chemically dependent in the town of Rio de Janeiro

Emerson Affonso da Costa Moura
Laila Rainho de Oliveira

Direito à saúde, políticas públicas e portadores de transtorno mental: a internação compulsória do dependente químico no município do Rio de Janeiro

Right to health, public policy and people with mental disorder: a mandatory detention of chemically dependent in the town of Rio de Janeiro

Emerson Affonso da Costa Moura*

Laila Rainho de Oliveira**

Resumo:

A internação compulsória dos dependentes químicos com fundamento na Lei nº 10.216 de 2001 promovido pelo Município do Rio de Janeiro enquanto política pública de saúde ou medida higienista é o tema posto em debate, a partir da análise do direito fundamental à saúde e das políticas públicas sanitárias determinadas pela Constituição Federal sob a competência do Sistema Único de Saúde, do reconhecimento dos dependentes químicos como pessoas portadoras de transtornos mentais e das referidas políticas estatais de saúde trazidas pela Lei de Reforma Psiquiátrica, bem como, das operações de internação adotadas pelo Município do Rio de Janeiro para dependentes químicos em áreas de “cracolândia” no âmbito do Protocolo do Serviço Especializado em Abordagem Social.

Palavras-Chaves: Direito à Saúde; Políticas Públicas; Dependente Químico; Internação Compulsória.

Abstract:

The compulsory drug treatment based on Law No 10.216 of 2001 promoted by the town of Rio de Janeiro while public health policy or hygienist measure is the subject put in debate from the analysis of the fundamental right to health and public health policies determined by the Federal Constitution under the jurisdiction of the Brazilian Public Health System, of the recognition of addicts as people with mental disorders and referred state policies of health brought by the Psychiatric Reform Law, as well as, the internment operations adopted by the municipality of Rio de Janeiro for addicts in areas of “cracolândia” under the Protocol of Specialized Social Approach.

Keywords: Right to Health, Public Policy; Dependent Chemical; Compulsory Hospitalization.

1 Introdução

No Brasil, é apenas com a Constituição Federal de 1988 que consagra-se o direito fundamental à saúde de forma universal, igualitária e gratuita

Recebido em 27/10/2013

Aprovado em 10/01/2014

* Mestrando em Direito Constitucional e Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor de Direito Administrativo da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (ESA/OAB). Membro da Comissão de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Pesquisador no grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais” da Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado no Rio de Janeiro.

** Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) com Bolsa PIBIC para investigação do tema. Pesquisadora no grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais” da Universidade Federal Fluminense (UFF).

garantindo aos cidadãos a ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como, a redução do riscos de doença e outros agravos.

Isto ocorre através da articulação de políticas públicas perante o Sistema Único de Saúde capazes de garantir mediante a alocação dos recursos humanos, materiais e financeiros, a adjudicação de bens e serviços necessários à fruição do direito à saúde pelos usuários dos serviços públicos prestados diretamente pelo Estado ou executados pela iniciativa privada.

No que tange a assistência terapêutica integral envolve a oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar necessários a redução dos riscos de doença e de outros agravos, adequados à condição do paciente e das peculiaridades do mal que o comete.

Neste sentido, a Lei de Reforma Psiquiátrica, trouxe importantes avanços no que tange as políticas públicas sanitárias de tratamento de portadores de doenças mentais, porém, sem vedar integralmente, a internação que ainda pode ser involuntária, voluntária ou compulsória, conforme haja ou não consentimento do paciente e decisão judicial.

Busca o presente trabalho investigar em que medida a internação compulsória dos dependentes químicos com fundamento na Lei nº 10.216 de 2001 promovido pelo Município do Rio de Janeiro nas operações em “cracolândias” trata-se de política pública de saúde voltada à recuperação do doente mental ou medida higienista.

De início, busca a pesquisa analisar o direito fundamental à saúde e as políticas públicas sanitárias determinadas pela Constituição Federal sob a competência do Sistema Único de Saúde, de forma a delimitar as ações governamentais cabíveis com fins de garantir a promoção, proteção e recuperação da saúde da pessoa.

Após, volta-se o trabalho ao reconhecimento dos dependentes químicos como pessoas portadoras de transtornos mentais, com a delimitação das referidas políticas estatais de saúde trazidas pela Lei de Reforma Psiquiátrica, de maneira a fixar os requisitos e o caráter subsidiário da internação no tratamento, bem como, a necessidade de reinserção do doente.

Por fim, o artigo verifica em que medida as operações de internação adotadas pela Administração Pública do Município do Rio de Janeiro para dependentes químicos em áreas de “cracolândia” no âmbito do Protocolo do Serviço Especializado em Abordagem Social, violam os direitos do dependente e denotam caráter higienista e não de política pública.

2 O direito à saúde e as políticas públicas

Uma das mudanças de paradigma que marcam o constitucionalismo contemporâneo é o reconhecimento da força normativa da Constituição.¹ A concepção da lei fundamental como documento político que veicula um convite à atuação dos poderes públicos é substituída pela atribuição do status de norma jurídica que impõe limites e deveres de atuação para o Estado.²

1 Uma das obras percursoras sobre o tema é *A força normativa da Constituição* de Konrad Hesse extraída a partir de sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg. Segundo o autor, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, mas tão pouco se limita ao reflexo das condições fáticas. Sua essência reside na pretensão de eficácia, ou seja, de sua concretização na realidade imprimindo-lhe ordem e conformação. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991. p. 14-15.

2 Sobre as transformações do direito constitucional contemporâneo, consulte-se por todos: BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-250. Para uma análise crítica vide: SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: _____ (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

Na nossa experiência constitucional antes restrita a Constituições garantistas que tutelavam as liberdades formais como repositórios de promessas vagas³ o fenômeno ocorre com a promulgação da Constituição de 1988 dirigente voltada à promoção social⁴ e a crescente preocupação doutrinária com a aplicabilidade direta e imediata de seus preceitos.⁵

Interrompe-se, portanto, o ciclo inicial de baixa normatividade das disposições que veiculavam os direitos fundamentais, em especial, das normas que declaravam os direitos sociais, antes remetidas à esfera programática de meras linhas diretoras aos poderes públicos e, tidas como dotadas de eficácia limitada.⁶

Os direitos sociais enquanto veiculado por normas constitucionais gozam de exequibilidade plena, permitindo seja exigível perante o Estado⁷, razão pelo qual, se a situação antes gravitava em torno da aptidão para a produção dos efeitos jurídicos passa a orbitar sobre quais efeitos podem ser produzidos, ou sejam, quais prestações são exigíveis⁸.

A Constituição de 1988 alinhou-se a concepção do direito à saúde da Organização Mundial de Saúde⁹, buscando a proteção, promoção e recuperação da saúde, como uma imagem-horizonte¹⁰ a ser perseguida pelo Estado mediante a garantia de acesso aos meios que possam trazer a cura da doença ou sensível qualidade de vida.

Consagrando como direito fundamental o direito a saúde, surge um complexo de posições jurídico-subjetivas para o seu titular, a saber, atua como direito de defesa, uma vez que impede ingerências indevidas do Estado a saúde da pessoa¹¹, e por outro um direito a prestações uma vez que exige a realização de ações que permitam a sua fruição¹².

3 Não é incomum a existência formal de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido. Como, e.g., tem-se a Constituição de 1969 que garantia os direitos à integridade física e a vida, com as prisões ilegais, a tortura e o desaparecimento de pessoas na ditadura. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 61.

4 Embora a Constituição de 1988 seja o resultado de forças políticas antagônicas que participaram da constituinte, materializando uma constante tensão entre a ideologia liberal e a perspectiva social, denota-se um grande avanço na disciplina dos direitos sociais em relação às Constituições anteriores. Para uma visão geral sobre a evolução histórica, vide: TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara. **Direitos sociais**. Brasília: Senado Federal, 1987.

5 Isto ocorreu, em especial, através da doutrina brasileira da efetividade, um movimento jurídico-acadêmico que procurou elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional e superar dentre outras questões a insinceridade normativa que vigia no país. Consulte-se por todos: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional...** Op. cit. p. 20.

6 A aplicabilidade restrita das normas de natureza programática decorreria da fluidez de suas disposições e da inexistência de instrumentos jurídico-processuais capazes de garantir sua concretização. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 564-565. Compreendendo que as relações econômico-sociais são disciplinadas apenas por normas programáticas, vide: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 140-142.

7 As normas constitucionais tenham caráter imediato ou prospectivo como regras de conduta emanadas do Estado são dotadas de eficácia jurídica. Assim, incidem e regem as situações de vida produzindo os seus efeitos próprios, e, diante da sua inobservância espontânea deflagram mecanismos de aplicação coativa. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. p. 248 e 274.

8 Volta-se o debate, portanto, à identificação das posições jurídicas que seus titulares estão investidos, bem como, quais podem ser demandadas fazendo com que a doutrina busque a criação de parâmetros para o controle judicial que não importe por um lado na ineficácia dos direitos sociais e por outro na violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Sobre o tema, vide: SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais. In: _____; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

9 Dispõe a Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO) – 1946 no seu preâmbulo, que Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade e que cabe aos Estados buscar a promoção e proteção da saúde, além da cura. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html> Acesso em 06.10.2013.

10 SCLIAR, M. **Do Mágico ao Social: A Trajetória da Saúde Pública**. Porto Alegre: L&PM, 1998. p. 32-33.

11 A Ordem Constitucional garante a inviolabilidade do direito à vida (Art. 5º caput) que tem por pressuposto o direito à saúde, a submissão à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (Art. 5º inciso III), a vedação de penas cruéis e de trabalho forçado (Art. 5º inciso XLVII), a integridade física e moral do preso (Art. 5º inciso XLIX) dentre outros. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de Outubro de 1988.

12 Abrange, portanto, a organização dos serviços de saúde, as formas de acesso ao sistema, a distribuição dos recursos, o oferecimento

Com o reconhecimento expresso da saúde como direito fundamental pela Carta Magna, houve a produção de inúmeras normas acerca do Direito Sanitário¹³, regulamentando a saúde no Brasil, inclusive, definindo as políticas estatais de saúde pública que devem ser seguida pelos entes estatais.

A concretização dos direitos sociais, inclusive o direito à saúde, reclama em maior grau a adjudicações de prestações de natureza participativa, normativa e material, com a criação e colocação à disposição dos bens materiais e imateriais necessários a fruição dos bens e interesses sociais tutelados.¹⁴

O oferecimento ocorre através da articulação pelos poderes públicos de programas de ação governamental que coordenam os meios colocados à disposição, harmonizando as atividades estatais e privadas, para a realização destes objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.¹⁵

As políticas públicas, portanto, compreendem além da prestação imediata de serviços públicos pelo Estado, a atuação normativa, reguladora e de fomento que combinadas de forma eficiente conduz os esforços da esfera pública e privada, na consecução dos fins almejados pela Constituição e a sociedade.¹⁶

A Constituição Federal de 1988 além de reconheceu expressamente o direito à saúde como um direito fundamental social¹⁷, previu como um dever estatal¹⁸, de concretização pelos entes públicos, bem como, um dever dos particulares, de proteção e promoção do direito à saúde, extraído da própria unidade da Constituição e sua força normativa¹⁹.

O dever fundamental do Estado de proteção da saúde se revela na criação, organização e regulamentação do sistema de Saúde Pública, o planejamento e a execução de políticas públicas de saúde com oferecimento de bens e serviços à população e o acesso as ações de saúde pela população²⁰.

de prestações materiais, como tratamentos, medicamentos, exames, internações e afins.

13 Entre eles destacam-se: a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080 e 8.142 de 1990), Lei da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei 9.782 de 1999), Lei sobre os Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde (Lei 9.656 de 1998), Lei da Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei 9.961 de 2000), a Lei que autoriza a criação da Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia (Lei 10.972 de 2004), a Lei de Bio-Ética (Lei 11.105 de 2005) dentre outras.

14 Isto não importa desconhecer que a concretização dos direitos sociais também depende da sua realização na dimensão negativa ou que possuem uma eficácia em relação aos particulares, impondo restrições aos direitos e liberdades ou determinando o cumprimento de dadas prestações como ocorre com as contribuições sociais. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: Direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. t. IV. p. 341-342.

15 Neste ponto, há uma interpenetração da esfera política na ciência jurídica, resultante da crescente preocupação dos juristas com a realização dos direitos sociais, ampliando a comunicação entre estes dois subsistemas sociais: as ciências políticas e o direito. Sobre as consequências e as possíveis vantagens e riscos desta correlação, vide por todos: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241-244.

16 Barcellos, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, n. 3, p. 18 e 22. Predomina em sua natureza, a intervenção cogente do Estado na realização dos bens e valores sociais, razão pelo qual, não englobam os programas realizados em associação com a sociedade civil, através de mecanismos e instrumentos institucionais ou não. Neste sentido: LEAL, Rogério Gesta. **Os princípios fundamentais do direito administrativo brasileiro**. São Leopoldo: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio Sinos, 2000. p. 223.

17 Artigo 196. Porém, ainda que não previsse de forma expressa a abertura do catálogo material de direitos fundamentais trazido pelo artigo 5º §2º permitiria a consagração como direito implícito decorrente do próprio regime de direitos fundamentais. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de Outubro de 1988.

18 A saúde foi tida como dever do Estado (artigo 196), cabendo a titularidade dos serviços públicos relativos ao poderes públicos ao qual compete a execução direta ou a fiscalização da execução indireta (artigo 197). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de Outubro de 1988.

19 Embora haja obrigação precípua do poder público para a efetivação do direito, há de se reconhecer que a saúde gera um correspondente dever de respeito aos particulares, uma vez que igualmente estão vinculados na condição de destinatários da normas de direitos fundamentais. Razão pelo qual se tutela a integridade física, vida e dignidade pessoal. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. **Interesse Público**, n. 12, 2001. p. 95.

20 Abrange ainda a participação da sociedade na tomada de decisões e no controle das ações de saúde e o incentivo à adesão aos programas de saúde pública. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da CF/88 **Revista de Direito do Consumidor**, 67, 2008. p. 133.

Neste sentido, determina a Constituição de 1988 o dever dos entes públicos de formulação, execução e controle de políticas públicas de acesso universal, igualitário e gratuito aos cidadãos a ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como, a redução do riscos de doença e outros agravos²¹.

As políticas estatais de saúde pública, porém, orientam e vinculam não apenas as ações e serviços públicos, mas a atividade de saúde suplementar oferecido pelos entes privados de saúde, uma vez que sujeitos à atividade de regulação estatal mediante normatização e fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar²².

As políticas públicas de saúde compreende as indiretas que atuam sobre fatos determinantes à saúde – como saneamento básico, meio ambiente, alimentação, moradia, o acesso aos bens e serviços sociais dentre outros – que garantem as condições de bem estar físico, mental e social²³.

Abrange as políticas públicas diretas destinada à proteção da saúde, que englobam o direito às medidas preventivas que minimizam os riscos à saúde propiciando uma vida saudável, como a fiscalização e exercício do poder de polícia, como a vigilância sanitária, epidemiológica e o controle de epidemias.

Compreende, também, as políticas que buscam a recuperação da saúde, que envolvem as ações destinadas à recuperação da saúde da pessoa acometido de doença ou agravamento, como o atendimento hospitalar e ambulatorial, de diagnóstico e tratamento, inclusive, acesso aos medicamentos, cirurgias e transplantes de órgãos.

Envolve, ainda, as políticas que tendem a promoção da saúde, mediante as ações que buscam evitar a exposição pelas pessoas a fatores condicionantes e determinantes de doenças, como incentivo à pesquisa científica, programas de educação em saúde e campanhas de prevenção a doenças.

Para garantir tais políticas públicas, a Constituição Federal vincula a aplicação mínima de recursos a ações e serviços públicos de saúde²⁴, inclusive, prevendo a intervenção da União nos Estados e Distritos Federais e dos Estados nos Municípios para garantir o investimento do mínimo exigido das referidas receitas²⁵.

Neste tocante, atribui competência administrativa comum, para todos os entes federativos da atividade de tutela da saúde e assistência pública²⁶, em especial, do municípios de prestar com a cooperação técnica e financeira da União e do Estados, os serviços de atendimento à saúde da população²⁷.

Estipula a integração das políticas públicas desses entes, com a articulação dos conjunto de ações e serviços de saúde, bem como, de controle, pesquisa e produção de insumos, medicamentos e equipamentos de saúde, prestados pela Administração Pública Direta e Indireta em um Sistema Único de Saúde.

21 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de Outubro de 1988. Artigo 196 e 197.

22 O artigo 4º da lei que regulamenta a Agência nacional de Saúde dispõe que compete a mesma elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica, estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras, normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes, dentre outras. BRASIL. **Lei 9.961 de 28 de Janeiro de 2000**.

23 BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de Setembro de 1990**. Artigo 3º.

24 Com a Constituição de 1988 buscou-se ampliar os recursos destinados ao financiamento da Seguridade Social e com o artigo 198 §2º ampliou a vinculação obrigatória para o financiamento da saúde na tentativa de garantir a efetiva aplicação de recursos em ações e medidas de saúde. MARQUES, Rosa Maria. **O Financiamento do Sistema Público de Saúde Brasileiro**. Santiago: Cepal, 1999. p. 28-29.

25 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de Outubro de 1988. Artigo 34 inciso VII “e” e Artigo 35 inciso III.

26 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de Outubro de 1988. Artigo 23 inciso II.

27 Adotar-se-ia o princípio de predominância de interesses na denominação da competência do município para atender as demandas locais relativos a tutela do direito à saúde, inclusive, atividade administrativas como exercício do poder de polícia sanitária, com fiscalização de restaurantes e afins. Sobre o papel do município, vide: DALLARI, Sueli Gandolfi. **Competência Municipal em Matéria de Saúde**. Revista de Direito Público, v. 22, n. 92, p. 173, out./dez. 1989.

Cabe ao Sistema Único de Saúde políticas públicas voltadas ao cidadão com oferecimento de bens e serviços na proteção de sua saúde, ao profissional garantindo a saúde no meio ambiente do trabalho e a iniciativa privada resguardando a saúde da população no exercício da atividade econômica e científica.²⁸

No que se refere a iniciativa privada, engloba a ordenação da formação de recursos humanos na saúde, a formulação da política de medicamentos, insumos de saúde, sangue e derivados, a fiscalização de alimentos e líquidos para consumo humano e controle de substâncias psicoativas, tóxicas e radioativas²⁹.

Compreende o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico em saúde, mediante o financiamento compartilhado com Universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de instituições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executora³⁰.

No que tange ao trabalhador, compreende ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária que busquem proteger a saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, garantindo assistência em razão de acidente ou doença profissional, informações sobre os riscos à saúde dentre outros³¹.

Corresponde, também, a proteção ao meio ambiente do trabalho, ou seja, as ações que busquem eliminar, diminuir ou prevenir os riscos ocorridos ou passíveis de ocorrer no local onde o trabalhador exerce sua profissão ou desenvolve seu trabalho, que tenham repercussão à saúde humana³².

No que tange ao cidadão, abrange as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, que buscam eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e intervir nos problemas sanitários, bem como, proporcionar o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança na saúde individual ou coletiva, para adoção de medidas cabíveis³³.

Inclui, também, a participação em ações de saneamento básico, que envolve o abastecimento de água potável, o adequado esgotamento sanitário, a necessária limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e a drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, como necessárias a conservação de saúde³⁴.

Envolve ainda, a vigilância nutricional e orientação alimentar com medidas que melhore o padrão de consumo alimentar e o estado nutricional dos cidadãos, bem como, a assistência terapêutica integral, com oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar e de medicamentos e produtos para a saúde³⁵.

Abrange, portanto, a oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar³⁶ de acordo com as referidas diretrizes, que envolve, portanto, o oferecimento de serviços voltado à promoção, recuperação e prevenção da saúde em rede de hospitais e ambulatórios do Sistema Único de Saúde.

28 Embora as políticas públicas de saúde estejam previstas na Constituição, cabe a legislação infraconstitucional – Lei 8.080 e 8.142 ambas de 1990 - sedimentar as orientações constitucionais ao Sistema de Saúde. PAULUS JUNIOR, Aylton; CORDONI JUNIOR, Luiz. **Políticas Públicas de Saúde no Brasil**. Revista **Espaço para a Saúde**, Londrina, v. 8, n. 1, p. 17, dez/2006.

29 BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de Setembro de 1990**. Artigo 6º inciso III, VI, VII, VIII, IX e XI.

30 BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de Setembro de 1990**. Artigo 6º X e Artigo 32 §5º.

31 BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de Setembro de 1990**. Artigo 6º inciso I alínea “c” e “e” §3º.

32 Neste sentido, chama-se atenção para ações de saúde do trabalhador em nível nacional como coibir o uso de materiais proibidos, negociações para vigilância e prevenção de acidentes de trabalho, diagnóstico e intervenção nos casos de contaminação ocupacional e ambiental dentre outras. COSTA, Danilo; LACAZ, Francisco Antonio de Castro; JACKSON FILHO, José Marçal; VILELA, Rodolfo Andrade Gouveia. **Saúde do Trabalhador no SUS: desafios para uma política pública**. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional vol.38 no.127 São Paulo, p. 14-15. Jan./June 2013.

33 BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de Setembro de 1990**. Artigo 6º inciso I alínea “a” e “b” e §1º e 2º.

34 As medidas denotam a relação inevitável entre o direito fundamental à saúde e o direito ao meio ambiente equilibrado como forma de garantir sua efetivação. CUNHA, Marco Túlio Ribeiro. **Direito Fundamental à Saúde Ambiental: Interdisciplinabilidade entre o Direito fundamental à saúde e ao meio ambiente**. Revistas da Faculdade Católica de Uberlândia, vol. 2, n. 3, p. 10-11, 2011.

35 BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de Setembro de 1990**. Artigo 6º inciso I alínea “d” e inciso IV e Artigo 19-M.

36 BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de Setembro de 1990**. Artigo 6º inciso I alínea “d” e artigo 19-M inciso II.

Neste sentido, reconhecido que o dependente químico de substâncias psicoativas é portador de doença, cabe o oferecimento de políticas públicas de saúde que permita mediante a utilização de procedimentos terapêuticos adequados, auxiliar na minimização de seus agravos e recuperação de sua saúde.

O tema será tratado a seguir.

3 O dependente químico e a política pública de internação

A dependência de substâncias entorpecentes é identificada como doença, denominada “Transtornos Mentais e Comportamentais devidos ao uso de múltiplas drogas e ao uso de outras substâncias psicoativas – síndrome de dependência”, de sorte que o dependente químico é portador de transtorno mental e sujeito de tratamento de saúde³⁷.

Em passado recente, a orientação que se tinha como mais adequada para o tratamento do portador de transtorno mental e, por efeito, do dependente químico, era a internação com a utilização de tratamentos que afetavam diretamente o cérebro, como o coma insulínico, o eletrochoque, a administração de quimioterápicos e a lobotomia.³⁸

Não obstante, a aniquilação do paciente psiquiátrico gerou o questionamento do modelo tradicional, em nível técnico e à luz da experiência científica contemporânea, dando origem ao movimento pela reforma da legislação psiquiátrica, com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais do indivíduo portador de transtorno mental.³⁹

O movimento a favor da reforma antimanicomial do sistema de atendimento psiquiátrico, no Brasil, teve início no final da década de 70, sob influência do movimento de reforma italiano impulsionado por Franco Basaglia, que propôs a promoção da desinstitucionalização, tendo em vista o fenômeno complexo do transtorno mental.⁴⁰

Neste tocante, foi aprovada a lei de reforma psiquiátrica⁴¹, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, garantindo a extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por outros recursos assistenciais, superando o modelo hospitalocêntrico baseado na exclusão social dos indivíduos sujeitos a tratamento.

A referida lei trouxe importantes alternativas à internação hospitalar, tendo como marco a proibição da internação em “instituições com características asilares”, ou seja, aquelas desprovidas de serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros indicados ao doente.

37 Classificada pela Organização Mundial de Saúde na lista de Classificação Internacional de Doenças (CID-10) como doença caracterizada pela alteração mental e corpórea do indivíduo em decorrência do uso de drogas, compete a cada Estado regulamentar a referida tutela penal e civil acerca dos delitos praticados e as medidas de segurança adotada, bem como, da capacidade de praticar atos pelo indivíduo e as formas de interdição. Sobre o tema, vide: TONIÊTO, Tiago. **O Tratamento de Desintoxicação do Dependente Químico de Drogas Ilícitas sob um Prisma Constitucional**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 11, p.15-16. Mai/jun 2010.

38 O tratamento do usuário de drogas desde o final do século XIX até a primeira metade do século XX é marcado pela internação em instituições psiquiátricas com a retirada do convívio social e promoção do abandono das drogas com a utilização de variadas técnicas. PRATTA, Elisângela Maria Machado; SANTOS, Manoel Antonio. **O Processo Saúde-Doença e a Dependência Química: Interfaces e Evolução**. Psicologia: Teoria e Pesquisa, abr-jun 2009, vol. 25, n. 2, p. 206-208.

39 Buscou-se seguir a orientação da Organização Mundial de Saúde do hospital psiquiátrico enquanto instituição deficiente e violadora dos direitos humanos, com o progressivo fechamento das instituições e a reinserção dos indivíduos no convívio social. LIMA, Vanessa Batista Oliveira; BRANCO NETO, Joffre do Rêgo Castello. **Reforma Psiquiátrica e Políticas Públicas de Saúde Mental no Brasil: Resgate da Cidadania das Pessoas Portadoras de Transtornos Mentais**, VI Encontro de Iniciação Científica, Faculdade 7 de Setembro, 2010, p. 8-9.

40 Tiveram por principal fundamento os direitos civis, políticos e sociais dos portadores de transtornos mentais, permitindo a promoção da cidadania, através da reinserção social, o trabalho e o tratamento. CALDAS, Amanda de Alvarenga; NOBRE, Julio Cesar de Almeida. **Saúde Mental e Reforma Psiquiátrica Brasileira: Reflexões Acerca da Cidadania aos Portadores de Transtornos Mentais**. Cadernos UNIFOA, n. 20, p. 77, dez/2012.

41 BRASIL. **Lei nº 10.216** de 06 de Abril de 2001.

Vedou a internação em instituições que não assegurem aos pacientes os direitos previstos na lei, como o de acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde consentâneo às suas necessidades, o direito à presença médica, para esclarecer sua hospitalização e o de ser tratado em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis.⁴²

Porém, permitiu a internação psiquiátrica que, consoante a lei da Reforma Psiquiátrica, ocorrerá de forma voluntária – aquela oriunda do consenso do paciente –, involuntária – aquela em que não há consentimento do usuário, mas é realizada por pedido de um terceiro – ou compulsória - realizada por força de decisão judicial.

Para a internação do paciente, deve haver prévia autorização de médico registrado no Conselho Regional de Medicina, expressa por laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos, de sorte que a internação é ato médico, de competência e prerrogativas exclusivas de médico psiquiatra.⁴³

Sendo involuntária, prevê a lei o requisito da subsidiariedade, ordenando que a internação só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, ou seja, como ultima ratio, após a verificação de que nenhum outro tipo de recurso extra-hospitalar se mostrou eficaz.⁴⁴

Ademais, consoante a Política para Atenção Integral ao Uso de Álcool e outras Drogas⁴⁵, que impõe a oferta de cuidados a pessoas que apresentem problemas decorrentes destes, a oferta de cuidados deve ser baseada em dispositivos extra-hospitalares de atenção psicossocial especializada, articulados à rede assistencial em saúde mental e da rede de saúde.

Para tanto, o sistema de saúde deve contar com uma rede de tratamento de saúde mental - Rede de Atenção Psicossocial⁴⁶ - que torne possível ao dependente químico experimentar diversos modelos de assistência, se utilizando da internação involuntária apenas como recurso subsidiário e baseado em três eixos: a capacitação, ampliação e a integração.

No que tange à capacitação, como já previsto na Política Nacional sobre Drogas⁴⁷, deve ser oferecida a capacitação continuada de todos os setores envolvidos no tratamento do dependente químico, o que envolve o ensino especializado de saúde mental com foco em álcool e drogas de todo profissional que atue na rede de assistência psicossocial.

Quanto à ampliação, esta deve ser realizada não somente em relação aos setores da rede de saúde mental já instituída, mas também no que tange a outros mecanismos de abordagem e tratamento do dependente químico, com experimentação de novas técnicas de saúde mental e inovação em políticas e iniciativas públicas.

42 BRASIL. **Lei nº 10.216** de 06 de Abril de 2001. Artigo 2º Parágrafo Único.

43 BRASIL. **Lei nº 10.216** de 06 de Abril de 2001. Artigo 6º, 8º e 9º.

44 BRASIL. **Lei nº 10.216** de 06 de Abril de 2001. Artigo 4º.

45 A política nacional para Atenção Integral ao Uso de Álcool e outras Drogas do Ministério da Saúde, tem por finalidade superar o atraso histórico de assunção desta responsabilidade pelo SUS, e buscando subsidiar a construção coletiva de seu enfrentamento. **A Política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e outras drogas** / Ministério da Saúde, Secretaria Executiva, Coordenação Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 7-8.

46 A Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), foi instituída pela Portaria nº 3.088 de 2011 do Ministério da Saúde. BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria 3.088 de 23 de Dezembro de 2011**.

47 Porém, verifica-se a necessidade de articulação da política de promoção, prevenção, tratamento, proteção, e inclusão social, na interface intersetoriais aos serviços da saúde, em relação a outros Ministérios, organizações governamentais e não governamentais, requerendo a articulação entre sujeitos de setores sociais diversos. SOUZA, Maria Milaneide; CARVALHO, Rafael Nicolau; SILVA, Leandro Roque da; SANTOS, Jossana Rafaela dos; AZEVEDO, Elisângela Braga de; CAVALCANTI, Patrícia Barreto. **Política Nacional sobre Drogas e Saúde Mental**, Cadernos Brasileiros de Saúde Mental, Universidade Federal de Santa Catarina, v.5, n. 11, p. 84-85, 2013.

Neste tocante, destaca-se uma ação de Consultórios de Rua, que busca trazer ações de saúde de cuidado integral aos usuários de drogas que estão nas ruas, utilizando-se como principal ferramenta a relação de confiança formada com o vínculo entre o profissional de saúde e o usuário de drogas.⁴⁸

No que se refere à integração da rede de assistência mental, também está prevista na Política Nacional de Drogas a garantia de que o paciente só seja internado após terem se esgotado todos os outros recursos extrahospitais, sendo, por via de consequência, imprescindível a interligação entre as diversas unidades de atendimento.⁴⁹

Registra-se, portanto, que a internação compulsória do dependente químico, como última medida, pressupõe ações estatais no sentido de direcionar verbas públicas para a rede de saúde mental e aumentar as vagas em clínicas públicas criadas para esse fim, para que os modelos de tratamento alternativos à internação estejam disponíveis ao paciente.

Todavia, por outro lado, as internações involuntárias enfrentam um grave problema advindo da Reforma Psiquiátrica: o fechamento desordenado de leitos psiquiátricos e a implementação de equipamentos de saúde mental em número insuficiente contribuíram para a superlotação dos serviços extrahospitais e deixaram pacientes sem tratamento algum.⁵⁰

A redução dos leitos em hospitais psiquiátricos deveria ter ocorrido à medida que fossem criadas vagas correspondentes no serviço aberto, e também em hospitais gerais. Isto porque há casos de dependência química que podem ser solucionados na atenção primária e na secundária, mas outros quadros graves que necessitam de internação hospitalar.

Neste tocante, o Ministério da Saúde editou em 2012 portaria com normas de implantação do Serviço Hospitalar de Referência para tratamento de pessoas com transtorno mental e necessidades de saúde decorrentes do uso de álcool, crack e outras drogas, em que dispõe sobre a equipe técnica multiprofissional e a distribuição de número de leitos.⁵¹

Essa substituição do hospital psiquiátrico pelo leito de saúde mental em hospital geral atende à necessidade de atenção integral ao paciente, inclusive a suas comorbidades clínicas decorrentes da dependência química, porquanto a não separação entre o cuidado de saúde mental e o cuidado geral promove um intercâmbio com outras especialidades médicas.

Ademais, os leitos de saúde mental em hospitais gerais garantem uma maior transparência da prática psiquiátrica, evitando, dessa forma, as violações de direitos humanos praticadas em hospitais psiquiátricos durante a história do tratamento de transtornos mentais, além de facilitarem o acesso ao tratamento e diminuírem o estigma da doença mental.⁵²

Isto porque a finalidade permanente do tratamento é a reinserção social do paciente em seu meio, de forma que devem ser garantidas políticas públicas de reabilitação psicossocial assistindo pacientes há longo tempo hospitalizados ou que apresentem grave dependência institucional, assegurada a continuidade do tratamento quando necessário.⁵³

48 Por isso, deve haver absoluta separação entre o trabalho desses profissionais de saúde e o trabalho de agentes de segurança pública e de policiais na repressão ao tráfico de drogas. O Consultório de Rua está previsto no art. 6º, I, b, da Portaria que institui a Rede de Atenção Psicossocial. BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria 3.088** de 23 de Dezembro de 2011.

49 BRASIL. **Resolução nº 3 GSIPR/CH/CONAD** de 27 de Outubro de 2005. Item 2.2.1 das diretrizes de Tratamento, Recuperação e Reinserção social da Política Nacional de Drogas.

50 Por efeito a ausência de equipamentos de saúde pública destinados a prestar atendimento em regime de internação hospitalar em diversas regiões do país impossibilita o cumprimento da referida portaria e ocasiona a violação ao direito à saúde de inúmeros dependentes químicos. VARALDA, Renato Barão. CORDEIRO, Flávia de Araújo. Dependência química: vulnerabilidade e desafios. Revista Jurídica Consulex. Brasília, v. 15, n. 352, p. 24-25, set, 2011.

51 BRASIL. Resolução nº 148 do Ministério da Saúde de 31 de Janeiro de 2012. Artigo 9º.

52 Garante-se, portanto, tratamento digno ao portador de transtorno mental, bem como, impede a violação aos seus direitos básicos. CARVALHO, João Alberto. A saúde mental na visão da psiquiatria. Revista Jurídica Consulex. Brasília, n. 320, p. 35-37, mai. 2010.

53 Art. 4º, § 1º e art. 5º.

No caso do dependente químico, agrava-se a questão, pois não se trata de ressocialização – enquanto retorno da participação em determinado grupo social - mas socialização, uma vez que esses indivíduos já carregam um estigma social mesmo antes de serem internados, eis que se encontram fora dos padrões aceitos pela sociedade.⁵⁴

Disto resulta que os dependentes químicos saem quase sempre das unidades hospitalares estigmatizados pela dependência e pela internação, com dificuldades de criar laços sociais ou reatar os perdidos pela intervenção médica, o que demanda políticas de reinserção capazes de auxiliar na mudança da identidade de drogado para de cidadão.

Neste sentido, embora carregando o discurso de guerra às drogas e defesa dos vulneráveis, os poderes públicos tem adotados políticas públicas no que tange aos dependentes químicos que, ao revés de garantir a tutela do seu direito à saúde, atentam contra seus direitos fundamentais, em especial daqueles que se encontram em situação de rua.

O tema será tratado a seguir.

4 Estudo de caso: a internação compulsória no Rio de Janeiro

Em 2011, O Município do Rio de Janeiro, por meio da Secretaria Municipal de Assistência Social, publicou o “Protocolo do Serviço Especializado em Abordagem Social” que, por resolução, instituiu o recolhimento e internação compulsórios para crianças e adolescentes em situação de rua, ampliada em 2012 para adultos.⁵⁵

Voltava-se ao grupo populacional marcado pela pobreza extrema, vínculos familiares interrompidos ou fragilizados, a inexistência de moradia convencional com utilização dos logradouros públicos e áreas degradadas como espaço de moradia, com por objetivo construir o processo de saída das ruas e permitir acesso à rede de serviços e benefícios assistenciais.⁵⁶

No início de 2013, o município deu início a operações de acolhimento compulsório de usuários de crack nas chamadas “cracolândias”, com o apoio do Ministério da Saúde, que foi objeto de inúmeras críticas, em razão da violação sistemática aos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais previsto na Lei de Reforma Psiquiátrica.

De início, verifica-se a violação ao princípio da subsidiariedade⁵⁷, que impõe o tratamento, preferencial, em serviços comunitários de saúde mental e impõe a internação apenas quando esgotadas as alternativas extra-hospitalares, tendo a mesma como finalidade a reinserção social do paciente.

Objetiva a lei restringir as internações apenas quando necessário, tendo em vista que a interação do doente na sociedade é parte do processo de tratamento e da cura, de forma que a sua segregação do meio social e familiar, somente ocorre quando recomendável do ponto de vista médico e legítima do ponto de vista jurídico.⁵⁸

54 Neste sentido, a internação compulsória por ordem judicial pressupõe uma ação efetiva e decidida do Estado no sentido de aumentar as vagas em clínicas públicas criadas para esse fim, de forma que não constitua apenas restrição ao direito de liberdade, mas de garantia ao direito à vida. CAPEZ, Fernando. Tóxicos - Internação compulsória e educação. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 26-27, jan./mar. 2011.

55 No art. 5º, parágrafo 3º estabelece que os menores, sob a influência nítida do uso de drogas, devem ser “mantido(s) abrigado(s) em serviço especializado de forma compulsória”. O parágrafo 4º do mesmo artigo complementa que crianças e adolescentes “independente de estarem ou não sobre a influência do uso de drogas, também deverão ser mantidos abrigados/acolhidos de forma compulsória com o objetivo de garantir sua integridade física”. BRASIL.Secretaria Municipal de Assistência Social. Resolução nº 20 de 27 de Maio de 2011.

56 BRASIL.Secretaria Municipal de Assistência Social. Resolução nº 20 de 27 de Maio de 2011.Artigo 1º único e Artigo 3 I.

57 BRASIL. Lei 10.216 de 06 de Abril de 2011. Artigo 2º inciso XI e Artigo 4.

58 LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freide. Autonomia Privada e Internação não Consentida. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 99, p. 88, 2009.

Razão pelo qual, voltam-se os autores a fixar alguns parâmetros para garantir que a internação não voluntária não viole a autonomia de vontade, comunicando o médico ao juiz apenas: quando ausente o discernimento do dependente e sem responsável presente; ou presente o responsável ou dotado de discernimento o dependente há recusa e risco eminente.⁵⁹

O Ministério da Saúde ao regulamentar o Serviço Hospitalar de Referência para atenção a pessoas com sofrimento ou transtorno mental decorrentes do uso de álcool, crack e outras drogas, que as internações de curta duração, devem ser tidas até a estabilidade clínica do usuário, respeitando as especificidades de cada caso.⁶⁰

Ademais, a internação na modalidade compulsória depende de autorização judicial⁶¹ em que compete ao juiz avaliar as condições de segurança do estabelecimento, à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários, sendo formulada a partir de um laudo médico circunstanciado⁶² que caracterize os seus motivos.

Ademais, a política pública estatal voltada no âmbito do Ministério da Saúde para a internação do titular de transtorno mental decorrente do uso de drogas impõe como atividades necessárias: avaliação clínica e psicossocial do paciente por equipe multiprofissional e a abordagem familiar com orientações sobre o diagnóstico e tratamento.⁶³

Verifica-se, em concreto, que o recolhimento compulsório é realizado sem a utilização de terapêutica alternativa, sendo os indivíduos levados por agentes públicos direto da rua para “higienização” e análise clínica num centro de triagem⁶⁴, por determinação do Poder Executivo, não do Poder Judiciário como previsto na Lei da Reforma Psiquiátrica.

Destarte, não há respeito ao direito ao diagnóstico individualizado⁶⁵, que garanta ao indivíduo portador do transtorno mental o acesso ao melhor tratamento conforme suas necessidades próprias, em ambiente terapêutico adequado e pelos meios menos invasivos possíveis.

Note que o recolhimento compulsório foi feito com despersonalização no tratamento, pois em muitos Centros de Atendimento à Dependência Química a medicalização diária é generalizada, administrando-se a mesma dosagem para os pacientes e utilizando-se contenções químicas e físicas, administradas por técnicos e não médicos psiquiatras.⁶⁶

Tais ações de recolhimento compulsório, além de não serem novas são marcadas por maciças violações de direitos do portador de transtorno mental – como adoção de medidas punitivas e a ausência de privacidade – que, ocorrem das mais variadas formas e em várias intensidades.⁶⁷

Inclui-se no rol dos direitos desrespeitados o prejuízo da convivência familiar e comunitária causado pela dificuldade de acesso aos abrigos aonde são levados os dependentes, localizados longe dos centros

59 BARROS, Daniel Martins de. SERAFIM, Antonio de Padua. Parâmetros Legais para a Internação Voluntária no Brasil. Revista de Psiquiatria Clínica, vol. 36, n. 4, p. 177, 2009.

60 BRASIL. Resolução nº 148 do Ministério da Saúde de 31 de Janeiro de 2012. Art. 3º inciso I.

61 BRASIL. Lei 10.216 de 06 de Abril de 2011. Artigo 6º caput e inciso III.

62 BRASIL. Lei 10.216 de 06 de Abril de 2011. Artigo 9º.

63 BRASIL. Resolução nº 148 do Ministério da Saúde de 31 de Janeiro de 2012. Artigo 4º.

64 Relatório de Visitas aos Abrigos Especializados para Crianças e Adolescentes. Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro / Comissão de Direitos Humanos e Cidadania. Rio de Janeiro: Conselho Regional de Psicologia, 2012. Disponível em: http://www.crprj.org.br/documentos/2012-relatorio_CADQs.pdf. Acesso em 10.12.2013. p. 21.

65 BRASIL. Lei 10.216 de 06 de Abril de 2011. Artigo 2º inciso I.

66 Relatório de Visitas aos Abrigos Especializados para Crianças e Adolescentes. Op. cit. p. 33.

67 Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos: locais de internação para usuários de drogas. Conselho Federal de Psicologia. Brasília, 2011. p. 200. Disponível em: http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/03/2a_Edixo_relatorio_inspecao_VERSxO_FINAL.pdf. Acesso em: 11.12.2013.

urbanos o que amplia a resistência ao tratamento e a probabilidade de reincidência, além de desfazer laços familiares necessários à reabilitação.⁶⁸

Ademais, muitas Casas de Atendimento mantidas pelo Poder Público com o fim de abrigar esses dependentes químicos são vinculadas a instituições religiosas e mantêm práticas de religiosidade na metodologia de tratamento utilizada em violação à laicidade do Estado e de suas políticas públicas.⁶⁹

Sendo internação realizada em programa marcado por internações em massa e na presença de agentes de polícia para retirada dos dependentes⁷⁰, viola-se o direito a ser tratado com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde⁷¹, fragilizando o vínculo de confiança a se firmar entre os dependentes e os agentes de saúde.

Denota-se, portanto, na política pública adotada pelo Município do Rio de Janeiro antes uma finalidade de garantia de ordem pública – ligada a ordenação do espaço urbano e segurança, voltado com a preocupação de retirada dos dependentes das ruas – do que de garantia do direito a saúde dos dependentes.

As violações a Lei de Reforma da Psiquiatria – com a internação compulsória como a primeira medida, a sua realização em massa, sem autorização judicial ou prévio laudo médico, em locais inadequados, com tratamentos despersonalizados e com restrição ao acesso ao convívio social ou familiar, antes importam na violação do direito à saúde que a sua tutela.

Alguns autores, apontam, que nas grandes capitais, o fenômeno estaria ligado a revitalização do centro urbano, histórico e simbólico, com a sua ocupação imobiliária, que demandaria de medidas contra a ocupação desordenada por tais populações dotadas de extrema vulnerabilidade social como as “cacrolândias”.⁷²

O Município do Rio de Janeiro tem longo histórico de políticas de urbanização higienistas – dentre as quais a de Pereira Passos no início do século XX que resultou na demolição de residências insalubres e a remoção da população do Centro para outras partes da cidade – que atuavam como medidas de saúde pública e de controle social dos pobres.⁷³

Coaduna com um discurso terapêutico repressor e segregador da ordem jurídico-penal, que distingue o cidadão “anormal” – o viciado e louco – com a privação de sua liberdade⁷⁴. Neste tocante, não sendo o delito de uso de drogas passível para tal pena restritiva de direito⁷⁵,

68 Segundo o Relatório do Módulo de Saúde Mental do Ministério Público do Rio de Janeiro referente ao ano de 2012, apenas 7% dos 7.147 pacientes internados involuntariamente em razão de transtornos mentais recebem visitas. Relatório do Módulo de Saúde Mental / Ministério Público do Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: http://msm.mp.rj.gov.br/wp-content/uploads/2013/01/relatorio_MSM2012.pdf. Acesso em 20.12.2013.

69 O Relatório de Visitas aos Abrigos Especializados para Crianças e Adolescentes indica que, em todos os locais visitados, havia características que indicavam a religiosidade presente na metodologia, apoiada no método conhecido como “Doze Passos”, além de serem observadas mensagens e regras tais como ter de fazer uma prece antes de comer. Cartazes referindo-se a Deus e outros traços também foram observados. Relatório de Visitas aos Abrigos Especializados para Crianças e Adolescentes. Op. cit. p. 45.

70 Relatório de Visitas aos Abrigos Especializados para Crianças e Adolescentes. Op. cit. p. 18.

71 BRASIL. Lei 10.216 de 06 de Abril de 2011. Artigo 2º inciso II.

72 GIANNINI, Rogério. Cracolândia: Bairro da Luz, interesses obscuros e ataques à Lei de Saúde Mental. Revista Grandes Temas do Conhecimento – Psicologia. São Paulo, n. 01, p. 1, mar/2013.

73 MACHADO, Gisele Cardoso de Almeida. A difusão do pensamento higienista na cidade do Rio de Janeiro e suas conseqüências espaciais. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História, São Paulo, julho 2011. p. 12.

74 CORREA JUNIOR, Rubens. As internações involuntárias de drogodependentes frente à legislação brasileira: Uma análise em relação ao contexto histórico do tratamento de dependentes e as políticas higienistas e de profilaxia social. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 276, janeiro/junho de 2013.

75 Dispõe a Lei de Drogas que a aquisição, guarda, depósito, transporte ou posse de drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar para consumo próprio é submetido à pena de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de Agosto de 2006. Artigo 28.

Por esta razão, tem se associado o empenho do Poder Executivo Municipal na revitalização da cidade com a proximidade dos eventos culturais de natureza mundial que sediará o município – a Copa do Mundo e as Olimpíadas – e o interesse de limpeza urbana da mancha que a “cracolândia” produz na paisagem urbanística nos locais de circulação.⁷⁶

Corroborar-se tal entendimento, de que tais políticas públicas adotadas sob fundamento do interesse da saúde pública, tratando o crack como epidemia com a necessidade de uma resposta emergencial, ignora pesquisas empíricas, que demonstra o consumo generalizado mínimo em relação de outras drogas.⁷⁷

5 Conclusão

Buscou o presente trabalho investigar em que medida a internação compulsória dos dependentes químicos promovido pelo Município do Rio de Janeiro através da Resolução nº 20 de 27 de Maio de 2011 da Secretaria Municipal de Assistência Social trata-se de política pública de saúde voltada à recuperação do doente mental ou medida higienista.

De início, verificou-se que a saúde teve ampla tutela pela Constituição de 1988 que a tutelou como direito social garantido a todos os indivíduos, um dever estatal que ordena a proteção e promoção pelos Poderes Público e um dever dos particulares de respeito em razão do reconhecimento do direito fundamental às relações privadas.

Neste sentido, foram constitucionalizadas uma série de políticas públicas de competência comum dos entes federativos organizados em um Sistema Único de Saúde que envolve a oferta de procedimentos terapêuticos em um regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, voltados à promoção, recuperação e prevenção da saúde.

Após, reconheceu-se que o dependente químico de substâncias psicoativas é portador de doença, cabe o oferecimento de políticas públicas de saúde que permita a utilização de procedimentos terapêuticos capazes de auxiliar no seu tratamento e que coube à Lei de Reforma Psiquiátrica a regulação das medidas adequadas na recuperação de sua saúde.

Sob tal égide, verificou-se que a referida lei veicula normas definidoras de Direito para o portador de transtorno mental, considerando a internação como *ultima ratio* com a utilização de tratamentos menos incisivos, em ambientes adequados, assegura o convívio social e familiar.

Por fim, analisou-se as operações de recolhimento adotadas pela Administração Pública do Município do Rio de Janeiro para dependentes químicos em áreas de “cracolândia” verificando a violação ao procedimento legal para internação compulsória e os direitos fundamentais do portador de transtorno mental.

Neste tocante, as ações estatais violaram os princípios expressos na lei de Reforma Psiquiátrica: da subsidiariedade ao adotar a internação como primeira medida; da autorização judicial ao ser ordenada pelo Executivo sem prévio processo judicial; do diagnóstico individualizado e melhor tratamento, ao serem tidas em massas e de forma despersonalizada.

A opção pela internação compulsória, sem observância dos requisitos legais, de subsidiariedade desta modalidade de tratamento, da necessária, prévia e individual avaliação médica, autorização judicial e

76 COSTA, Ileno Izidio. Problematizações sobre a eficácia da internação compulsória no tratamento da drogadição. Debate “Internação Compulsória”, Ordem dos Advogados do Brasil, Distrito Federal, 2013. Disponível em: <http://www.unb.br/noticias/downloads/ATT00013.pdf> Acesso em 20.12.2013. p. 5.

77 Dados do II Levantamento Nacional de Álcool e Drogas de 2012 promovido pelo Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas do Álcool e outras drogas demonstram que 54% da população brasileira consomem álcool regularmente, enquanto somente 1,9% consumiram crack no ano de realização da pesquisa. II LENAD Levantamento Nacional de Drogas / Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas do Álcool e outras drogas. Disponível em: http://inpad.org.br/wp-content/uploads/2013/04/LENAD_ALCOOL_Resultados-Preliminares.pdf Acesso em 09.09.2013.

personalização no atendimento, contribuem com o baixo grau de eficácia do mesmo, por não contar com a colaboração do paciente.

Ademais, denota que o destinatário da política pública é o próprio Estado, que garante a ordenação do espaço público e o controle da segurança e não os cidadãos – portadores de transtornos mentais – cujo recolhimento e manutenção não observam os seus direitos fundamentais e se afasta a concepção do ser humano como um fim em si mesmo.

O tratamento forçado atenta contra os direitos fundamentais da pessoa, pondo em risco sua vida e segurança, bem como o direito à liberdade, além de submeter o internado a um processo de desculturação em relação ao mundo externo e de afastamento do seio de convivência de sua família.

De onde se infere que, tal programa governamental de recolhimento compulsório de dependentes químicos – no que tange ao usuários de crack em situação de rua – revela uma política pública com a finalidade precípua de garantia da ordem pública – com o ordenamento do espaço público e garantia da segurança coletiva – do que de saúde pública.

Referências

II LENAD Levantamento Nacional de Drogas / Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas do Álcool e outras drogas. Disponível em: http://inpad.org.br/wp-content/uploads/2013/04/LENAD_ALCOOL_Resultados-Preliminares.pdf Acesso em 09.09.2013.

A Política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e outras drogas / Ministério da Saúde, Secretaria Executiva, Coordenação Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

BARROS, Daniel Martins de. SERAFIM, Antonio de Padua. **Parâmetros Legais para a Internação Voluntária no Brasil**. Revista de Psiquiatria Clínica, vol. 36, n. 4, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-250.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de Setembro de 1990.

BRASIL. Lei 9.961 de 28 de Janeiro de 2000.

BRASIL. Lei nº 10.216 de 06 de Abril de 2001.

BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de Agosto de 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 3.088 de 23 de Dezembro de 2011.

BRASIL. Resolução nº 3 GSIPR/CH/CONAD. de 27 de Outubro de 2005.

BRASIL. Resolução nº 148 do Ministério da Saúde de 31 de Janeiro de 2012.

BRASIL. Secretaria Municipal de Assistência Social. Resolução nº 20 de 27 de Maio de 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO NETO, Joffre do Rêgo Castello. **Reforma Psiquiátrica e Políticas Públicas de Saúde Mental no Brasil: Resgate da Cidadania das Pessoas Portadoras de Transtornos Mentais**, VI Encontro de Iniciação Científica, Faculdade 7 de Setembro, 2010, p. 8-9.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALDAS, Amanda de Alvarenga; NOBRE, Julio Cesar de Almeida. **Saúde Mental e Reforma Psiquiátrica Brasileira: Reflexões Acerca da Cidadania aos Portadores de Transtornos Mentais**. Cadernos UNIFOA, n. 20, dez/2012.

CAPEZ, Fernando. Tóxicos - Internação compulsória e educação. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 8, n. 45, jan./mar. 2011.

CARVALHO, João Alberto. **A saúde mental na visão da psiquiatria**. Revista Jurídica Consulex. Brasília, n. 320, mai. 2010.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. **Direito e Saúde Mental**. Revista de Direitos Difusos. Brasília, v. 19, maio./jun. 2003.

CORREA JUNIOR, Rubens. **As internações involuntárias de drogodependentes frente à legislação brasileira: Uma análise em relação ao contexto histórico do tratamento de dependentes e as políticas higienistas e de profilaxia social**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 276, janeiro/junho de 2013.

COSTA, Danilo; LACAZ, Francisco Antonio de Castro; JACKSON FILHO, José Marçal; VILELA, Rodolfo Andrade Gouveia. **Saúde do Trabalhador no SUS: desafios para uma política pública**. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional vol.38 no.127 São Paulo, Jan./June 2013.

COSTA, Ileno Izidio. **Problematizações sobre a eficácia da internação compulsória no tratamento da drogadição**. Debate “Internação Compulsória”, Ordem dos Advogados do Brasil, Distrito Federal, 2013. Disponível em: <http://www.unb.br/noticias/downloads/ATT00013.pdf> Acesso em 20.12.2013.

CUNHA, Marco Túlio Ribeiro. **Direito Fundamental à Saúde Ambiental: Interdisciplinabilidade entre o Direito fundamental à saúde e ao meio ambiente**. Revistas da Faculdade Católica de Uberlândia, vol. 2, n. 3, p. 10-11, 2011.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Competência Municipal em Matéria de Saúde**. Revista de Direito Público, v. 22, n. 92, p. 173, out./dez. 1989.

FRASCATI, Jacqueline Sophie P. G. A Força jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais. **RDCI 63/85**. São Paulo: Ed. RT, abr. 2008.

GIANNINI, Rogério. Cracolândia: Bairro da Luz, interesses obscuros e ataques à Lei de Saúde Mental. **Revista Grandes Temas do Conhecimento – Psicologia**. São Paulo, n. 01, mar/2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

LEAL, Rogério Gesta. **Os princípios fundamentais do direito administrativo brasileiro**. São Leopoldo: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio Sinos, 2000.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freide. **Autonomia Privada e Internação não Consentida**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 99, 2009.

LOCCOMAN, Luiz. A polêmica da internação compulsória. **Revista Mente e Cérebro**. São Paulo, n. 31.

MACHADO, Gisele Cardoso de Almeida. **A difusão do pensamento higienista na cidade do Rio de Janeiro e suas conseqüências espaciais**. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História, São Paulo, julho 2011.

MARQUES, Rosa Maria. **O Financiamento do Sistema Público de Saúde Brasileiro**. Santiago: Cepal, 1999.

MELLO, Luiz Carlos. Nise da Silveira: uma psiquiatra rebelde. **Revista Canal Saúde**. Rio de Janeiro, n. 7, maio/jun. 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: Direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. t. IV.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 77, 2011.

PAULUS JUNIOR, Aylton; CORDONI JUNIOR, Luiz. **Políticas Públicas de Saúde no Brasil**. Revista Espaço para a Saúde, Londrina, v. 8, n. 1, p. 17, dez/2006.

PRATTA, Elisângela Maria Machado; SANTOS, Manoel Antonio. **O Processo Saúde-Doença e a Dependência Química: Interfaces e Evolução**. Psicologia: Teoria e Pesquisa, abr-jun 2009, vol. 25, n. 2.

Relatório de Visitas aos Abrigos Especializados para Crianças e Adolescentes. Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro / Comissão de Direitos Humanos e Cidadania. Rio de Janeiro: Conselho Regional de Psicologia, 2012. Disponível em: http://www.crprj.org.br/documentos/2012-relatorio_CADQs.pdf. Acesso em 10.12.2013.

Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos: locais de internação para usuários de drogas. Conselho Federal de Psicologia. Brasília, 2011. p. 200. Disponível em: http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/03/2a_Edixo_relatorio_inspecao_VERSxO_FINAL.pdf. Acesso em 11.12.2013.

Relatório do Módulo de Saúde Mental / Ministério Público do Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: http://msm.mp.rj.gov.br/wp-content/uploads/2013/01/relatorio_MSM2012.pdf. Acesso em 20.12.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas Considerações em Torno do Conteúdo Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988**. Interesse Público, n. 12, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da CF/88** Revista de Direito do Consumidor, nº 67, 2008.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: _____ (org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

_____. **A proteção judicial dos direitos sociais**. In: _____; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (orgs.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCLIAR, M. Do Mágico ao Social: **A Trajetória da Saúde Pública**. Porto Alegre: L&PM, 1998.

SERAFIM, Antonio de Pádua; BARROS, Daniel Martins. **Apontamentos sobre assistência aos portadores de transtorno mental**. Revista Jurídica Consulex. Brasília, v. 14, n. 320, maio. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Maria Milaneide; CARVALHO, Rafael Nicolau; SILVA, Leandro Roque da; SANTOS, Jossana Rafaela dos; AZEVEDO, Elisângela Braga de; CAVALCANTI, Patrícia Barreto. **Política Nacional sobre Drogas e Saúde Mental**. Cadernos Brasileiros de Saúde Mental, Universidade Federal de Santa Catarina, v.5, n. 11, 2013.

VARALDA, Renato Barão. CORDEIRO, Flávia de Araújo. **Dependência química: vulnerabilidade e desafios**. Revista Jurídica Consulex. Brasília, v. 15, n. 352, set, 2011.

TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara. **Direitos sociais**. Brasília: Senado Federal, 1987.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Direito agroalimentar e território:
reflexões sobre o uso da água na
atividade agrícola**

**Agrifood Law And Territory:
reflections on water use in
agricultural activity**

Rodolfo Franco

Direito agroalimentar e território: reflexões sobre o uso da água na atividade agrícola

Agrifood law and territory: reflections on water use in agricultural activity

Rodolfo Franco*

Resumo:

O tema da água é recorrente na literatura brasileira de direito ambiental e também em outras áreas devido ao caráter multidisciplinar do direito. Esse estudo aborda a questão da produção de alimentos e sua relação com o território, espaço sem o qual não há possibilidade de se produzir nenhuma cultura. Além disso, analisa o uso da água - enquanto elemento que compõe o território - na atividade agrícola, ressaltando que o uso irracional deste recurso pode gerar danos ao meio ambiente e à coletividade. Discute também a problemática acerca do direito ao acesso à água de qualidade como direito humano, assim também concebido o direito à alimentação. Ressalta a importância dos mecanismos legais de controle do uso da água como forma de preservar as nascentes e estabelecer programas para recuperação daquelas degradadas.

Palavras-chave: Direito agrário; água; atividade agrícola.

Abstract:

This study addresses the issue of food production and its relationship with the territory, space without which there is no possibility of producing culture. It also examines the use of water - as an element that makes up the territory - in agriculture, noting that the irrational use of this feature can result in damage to the environment and the community. It also discusses the issues concerning the right of access to safe water as a human right, and also designed the right to food. Emphasizes the importance of legal mechanisms to control the use of water as a way to preserve the springs and establish programs to recover those degraded.

Keywords: Agrarian law; water; agricultural activity.

1 Introdução

O tema da água é recorrente na literatura brasileira de direito ambiental e também em outras áreas devido ao caráter multidisciplinar do direito. Este artigo aborda o uso da água na atividade agrícola, notadamente em relação à produção de alimentos. A temática deste trabalho se vincula a duas questões básicas: a primeira é a de que a água é recurso natural indispensável para o exercício de qualquer atividade, inclusive a agrícola; e a segunda é a de que estamos situados no bioma cerrado, responsável pela produção da maior parte das águas que compõem as bacias hidrográficas do Brasil, daí a necessidade de discorrer sobre tal assunto.

Recebido em 01/11/2013

Aprovado em 23/02/2014

* Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Pesquisa temas relacionados ao Direito Agrário e Ambiental. E-mail: rodolfo7fr@yahoo.com.br

Para exemplificar, as maiores bacias hidrográficas do país possuem nascentes no bioma cerrado, como a bacia do Paraná, São Francisco e Tocantins, demonstrando a importância desse bioma não só em relação à produção de alimentos, mas também em relação à produção de água. Além disso, isso significa que o bioma cerrado é a fonte de água para todo o Brasil, somando-se a isso o modelo energético que prevalece no Brasil, qual seja, geração de energia elétrica a partir dos recursos hídricos.

O objetivo é demonstrar que a produção de alimentos em épocas de estiagem só é possível a partir do uso da água, embora existam culturas que não necessitam de abundância de água para serem cultivadas, como é o caso do feijão, que exige quantidade mínima de água para ser cultivado.

A problemática deste artigo concentra-se no uso irracional da água na atividade agrícola, notadamente sobre a falta de consciência em relação ao uso desse recurso, que pode se esgotar devido ao desperdício.

Relativamente à metodologia, o trabalho será construído com base no método de procedimento bibliográfico, que se caracteriza pelo estudo de textos jurídicos que tratam do assunto. Serão feitas consultas a livros, teses, dissertações, jornais, revistas, periódicos, artigos, textos publicados na internet e qualquer outro meio que divulgue e veicule informações em relação ao assunto. É indispensável a consulta a dados referentes ao recurso água e à sua importância na manutenção da vida e na produção de alimentos.

O presente trabalho será dividido em sete tópicos: esta introdução; análise das normas sobre água; discussão breve sobre o aquífero guarani; um tópico sobre a relação entre água e território e outro sobre água e liberdade; Em seguida trataremos do uso da água na atividade agrícola; e, por fim, conclusão.

Outro fator relevante é a ligação do recurso água com a segurança alimentar, pois a agricultura e, notadamente, a produção de alimentos, são dependentes de água para garantir a acessibilidade da população aos alimentos.

Atualmente o uso da água se tornou indispensável para qualquer atividade. O consumo humano, o aproveitamento industrial, a irrigação, a criação animal, a pesca, a aquicultura e piscicultura, o turismo, a recreação, a geração de energia, o lazer e o transporte são as principais atividades que consomem água.

Especialmente na região centro oeste, que compreende os estados de Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, a implantação de confinamentos de bovinos, suínos e aves aumentou muito nos últimos anos. A intenção é produzir carne no período de estiagem que compreende os meses de maio a outubro, época em que as pastagens ficam secas e os pecuaristas investem na instalação de confinamentos. Isso em relação à produção de carne bovina. Somado a isso, temos os sistemas de irrigação para o cultivo de hortaliças e outros alimentos, como feijão, milho, hortifrutigranjeiros e outros.

Sabe-se que a produção de carne é negócio lucrativo, e não devemos nos esquecer de que a carne é indispensável para a alimentação da população. Embora a destinação deste produto seja para o mercado externo, boa parte dessa carne abastece o mercado interno. Os confinamentos, que proporcionam aos bovinos, suínos e aves maior ganho de peso em menos tempo, contribuem para facilitar o acesso da população ao alimento carne, pois em período de estiagem há diminuição da oferta deste produto e conseqüentemente há aumento do preço.

A prática da instalação de confinamentos é uma das atividades agropecuárias que consome grande quantidade de água, e em relação à estrutura destinada à criação de bovinos em regime

de confinamento pode-se dizer que a demanda de água é extremamente grande em relação a outros empreendimentos.

2 Quadro normativo sobre a água

No âmbito internacional, a questão da água vem sendo bastante discutida, como exemplo na Declaração Universal dos Direitos da Água. Jean Ziegler¹ afirma que uma das questões mais importantes que se deve discutir atualmente é a questão do acesso à água. Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, o direito humano à água aparece, mesmo que de forma indireta, no artigo 3^o da DUDH quando menciona a garantia do direito à vida, direito este condicionado ao acesso à água de qualidade.

Relativamente à Declaração Universal dos Direitos da Água³, ela é um componente fundamental para todas as espécies de vida e configura elemento que compõe o equilíbrio do planeta. O documento ainda ressalta a importância do uso racional do recurso água e destaca a conscientização como um fator fundamental para o uso social, econômico e sanitário.

Entretanto, apesar de o direito humano à água figurar, mesmo de forma indireta, na lista da Declaração Universal dos Direitos do Homem, Jean Ziegler continua afirmando que “[...o mercado logrou impor a lógica do poder privado sobre todos os bens materiais...]”⁴.

Isso significa que, de acordo com Jean Ziegler, “[...é a lógica de que o mercado, e só ele, pode por preço em tudo, seja nos grãos, no conhecimento, seja serviços, seja a água...]”⁵. É a partir desta ideia de mercantilização do recurso água, ou seja, tornar a água um bem de consumo que pode ser adquirido no supermercado, que a ambientalista Maud Barlow esclarece que,

1 ZIEGLER, Jean. Sociólogo suíço. Relator da ONU sobre direito à alimentação.

2 Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm.

3 A presente Declaração Universal dos Direitos da Água foi proclamada tendo como objetivo atingir todos os indivíduos, todos os povos e todas as nações, para que todos os homens, tendo essa Declaração constantemente no espírito, esforcem-se, por meio da educação e do ensino, em desenvolver o respeito aos direitos e obrigações anunciados e assomam, com medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação efetiva.

Art. 1º - A água faz parte do patrimônio do planeta. Cada continente, cada povo, cada nação, cada região, cada cidade, cada cidadão é plenamente responsável aos olhos de todos.

Art. 2º - A água é a seiva do nosso planeta. Ela é a condição essencial de vida de todo ser vegetal, animal ou humano. Sem ela não poderíamos conceber como são a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura. O direito à água é um dos direitos fundamentais do ser humano: o direito à vida, tal qual é estipulado do Art. 3º da Declaração dos Direitos do Homem.

Art. 3º - Os recursos naturais de transformação da água em água potável são lentos, frágeis e muito limitados. Assim sendo, a água deve ser manipulada com racionalidade, precaução e parcimônia.

Art. 4º - O equilíbrio e o futuro do nosso planeta dependem da preservação da água e de seus ciclos. Estes devem permanecer intactos e funcionando normalmente para garantir a continuidade da vida sobre a Terra. Este equilíbrio depende, em particular, da preservação dos mares e oceanos, por onde os ciclos começam.

Art. 5º - A água não é somente uma herança dos nossos predecessores; ela é, sobretudo, um empréstimo aos nossos sucessores. Sua proteção constitui uma necessidade vital, assim como uma obrigação moral do homem para com as gerações presentes e futuras.

Art. 6º - A água não é uma doação gratuita da natureza; ela tem um valor econômico: precisa-se saber que ela é, algumas vezes, rara e dispendiosa e que pode muito bem escassear em qualquer região do mundo.

Art. 7º - A água não deve ser desperdiçada, nem poluída, nem envenenada. De maneira geral, sua utilização deve ser feita com consciência e discernimento para que não se chegue a uma situação de esgotamento ou de deterioração da qualidade das reservas atualmente disponíveis.

Art. 8º - A utilização da água implica no respeito à lei. Sua proteção constitui uma obrigação jurídica para todo homem ou grupo social que a utiliza. Esta questão não deve ser ignorada nem pelo homem nem pelo Estado.

Art. 9º - A gestão da água impõe um equilíbrio entre os imperativos de sua proteção e as necessidades de ordem econômica, sanitária e social.

Art. 10º - O planejamento da gestão da água deve levar em conta a solidariedade e o consenso em razão de sua distribuição desigual sobre a Terra. Histoire de L'Eau, Georges Ifrah, Paris, 1992. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-universal-dos-direitos-da-agua.html>.

4 Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=3216.

5 Idem.

É por isso que a Organização Mundial do Comércio (OMC) rechaça o conceito de água como direito humano ou bem público, e defende que a água seja tratada como necessidade humana. Até para o mercado é um pouco forte impor a ideia da comercialização de direitos.⁶

O desenvolvimento humano requer, entre outros direitos básicos, o acesso à água de qualidade como forma de se alcançar o desenvolvimento em sua plenitude. A pobreza e o baixo poder aquisitivo excluem partes da sociedade, que são obrigadas a viver em locais onde não há água potável disponível para as necessidades básicas dos seres humanos.

Ana Elizabeth Reymão e Bruno Abe Saber⁷ defendem que a falta de acesso aos bens ambientais está interligada com a questão do desenvolvimento dos indivíduos mais pobres, principalmente aqueles que habitam na zona rural. Ao contrário do que ocorre nos centros e nos setores nobres das cidades, não devemos nos esquecer de que a população que habita as regiões metropolitanas dos centros urbanos e na zona rural sofre com a falta de acesso à água de qualidade.

Embora exista o problema da escassez de água, nesse caso o problema se manifesta pela falta de políticas públicas para levar a água até essa população, que se vê obrigada a escavar cisternas⁸ em seus quintais para satisfazer suas necessidades. Soma-se a isso o problema da falta de redes de esgoto em várias cidades o que leva a população a escavar fossas para o destino final dos dejetos domésticos. Isso provoca a contaminação da água por coliformes fecais provenientes das fossas.

É como afirma Jean Ziegler, “...a equação é simples: quem tem dinheiro come e vive. Quem não tem sofre, torna-se inválido e morre. Não existe a fatalidade. Qualquer morte por fome é um assassinato...”. Essa visão pode ser estendida para a questão do acesso à água. Assim como a problemática acerca da suposta falta de alimentos no mundo, a questão da água também é polêmica. A questão da renda está intimamente ligada ao pleno acesso à água. Quem tem condições compra água e vive bem, quem não tem acaba se privando de suas necessidades básicas.

A nível nacional, a constituição federal de 1988⁹ e a Lei nº 9433/97¹⁰ cuidam de traçar questões relativas à água. Aquela, em seu artigo 20, inciso III, caracteriza a água como bem da União, e esta, institui a política nacional de recursos hídricos, regulamentando o que prescreve o artigo 21, inciso XIX da constituição federal de 1988, “... instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso...”.

Um dos instrumentos mais importante que está previsto na Lei nº 9.433/97¹¹ é o relativo “a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos”, com previsão no artigo 5º, inciso III da referida Lei. Mais

6 Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=3216>

7 Disponível em: <http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/vii_en/mesa5/trabalhos/acesso_a_agua_tratada_e_insuficiencia.pdf>

8 Cisterna é um poço escavado manualmente até atingir o lençol freático mais próximo e com isso abastecer as residências.

9 Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

10 Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9433.htm>

11 Seção III. Da outorga de direitos de uso de recursos hídricos. Art. 11. O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água. Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos: I – derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo; II – extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo; III – lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final; IV – aproveitamento dos potenciais hidrelétricos; V – outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água. § 1º Independem de outorga pelo Poder Público, conforme definido em regulamento: I – o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural; II – as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes; III – as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes. § 2º A outorga e a utilização de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica estará subordinada ao Plano Nacional de Recursos Hídricos, aprovado na forma do disposto no inciso VIII do art. 35 desta Lei, obedecida a disciplina da legislação setorial específica.

adiante, na seção III, artigos 11 e 12 desta Lei, encontramos os casos em que se exige a aplicação deste instrumento de controle.

A outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos é um modo de controle do uso da água. Trata-se de instrumento que objetiva controlar o acesso à água e com isso minimizar usos irracionais, favorecendo a preservação deste recurso. Embora regule o uso da água, a outorga não restringe todos os casos de acesso aos recursos hídricos, como exemplo a satisfação das necessidades básicas, como necessidade humana (saciar a sede, lazer, cozinhar e higiene pessoal) e dessedentação de animais.

A Lei nº 9.433, de oito de janeiro de 1997, de acordo com Morato Leite e Ayala¹², veio com o intuito de suprir lacuna em relação à proteção dos recursos hídricos:

Instituída na condição de política pública de proteção dos recursos hídricos, supera-se definitivamente a limitada e já absurda deficiência dogmática na disciplina da matéria, que frequentemente dispensava-lhe proteção jurídica a partir da proibição da poluição.

Uma das novidades dessa Lei foi a instituição da cobrança pelo uso da água para provocar a mudança de hábitos da coletividade no sentido de usar esse recurso de forma racional. Para Roque¹³:

O objetivo da medida é estimular o uso racional da água, bem como gerar recursos financeiros para investimentos em projetos de recuperação e preservação dos mananciais que compõem as bacias hidrográficas. De acordo com a Agência Nacional de Águas (ANA), órgão encarregado de implementar a política nacional de recursos hídricos, a cobrança não é um imposto, “mas um preço público fixado a partir de um pacto entre os usuários de água, sociedade civil e poder público no âmbito do Comitê de Bacia.

O artigo 26 da Constituição Federal de 1988, inciso I, “... as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União...” incluem-se entre os bens do Estado. Diante dos relatos acima, vislumbramos que a gestão das águas está a cargo do Estado.

Relativamente à atuação do ministério público, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso III, traz a proteção do meio ambiente como função dessa instituição.

Atualmente criou-se o chamado “Programa Nascentes Recuperadas ou Programa Produtores de Água¹⁴” que tem como principal objetivo a proteção das nascentes de água. As ações são concretas e visam à restauração de nascentes degradadas nas propriedades rurais. Faz-se cercas de arame nas nascentes para evitar o pisoteio dos animais e em seguida o plantio de mudas nativas daquela região. As APPs (áreas de preservação permanente) e as matas ciliares¹⁵ são restauradas. Esse programa também é conhecido

12 LEITE, José Rubens Morato. Ayala, Patryck de Araújo. Direito ambiental na sociedade de risco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

13 ROQUE, Márcio William. Tese de doutoramento. Disponível em: <http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/dezembro2007/ju384pag04.html> Acessado em: 25 jul. 2013.

14 O Produtor de Água é uma iniciativa da ANA que tem como objetivo a redução da erosão e assoreamento dos mananciais nas áreas rurais. O programa, de adesão voluntária, prevê o apoio técnico e financeiro à execução de ações de conservação da água e do solo, como, por exemplo, a construção de terraços e bacias de infiltração, a readequação de estradas vicinais, a recuperação e proteção de nascentes, o reflorestamento de áreas de proteção permanente e reserva legal, o saneamento ambiental, etc. Prevê também o pagamento de incentivos (ou uma espécie de compensação financeira) aos produtores rurais que, comprovadamente contribuem para a proteção e recuperação de mananciais, gerando benefícios para a bacia e a população. A concessão dos incentivos ocorre somente após a implantação, parcial ou total, das ações e práticas conservacionistas previamente contratadas e os valores a serem pagos são calculados de acordo com os resultados: abatimento da erosão e da sedimentação, redução da poluição difusa e aumento da infiltração de água no solo. Disponível em: <<http://www2.ana.gov.br/Paginas/projetos/ProgramaProdutorAgua.aspx>>

15 Chama-se ciliar (também conhecida como ripária, aluvial, de galeria ou marginal) a mata existente ao longo dos cursos d’água. Tal qual os cílios que protegem os olhos, essa mata resguarda as águas. Essas matas funcionam como controladores de uma bacia hidrográfica, regulando os fluxos de água superficiais e subterrâneos, a umidade do solo e a existência de nutrientes. (Ana Maria Moreira Marchesan). O ministério público e a proteção dos recursos hídricos.

como “programa produtores de água” e conta com a participação do ministério público, da delegacia de repressão a crimes contra o meio ambiente, da Saneago e dos proprietários rurais.

No Código Civil de 2002¹⁶, a questão relativa às águas aparece compreendida entre os artigos 1288 e 1296. A preocupação do legislador se deu em virtude do exercício do direito de propriedade, tanto é que a seção “das águas” está inserida no capítulo I, intitulado “da propriedade em geral”, do título III, “da propriedade”.

Ainda no âmbito interno, o artigo 186 da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer os critérios de cumprimento da função social da propriedade, também se preocupa com a preservação dos recursos hídricos. Notadamente no inciso II deste artigo, em que se prevê “... a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente...”, deve-se entender que está inserido o recurso natural “água” enquanto elemento que compõe os recursos naturais disponíveis.

Mais adiante, no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o tratamento relativo à água aparece novamente. A questão central é a defesa do meio ambiente, tanto é que a própria constituição de 1988 dedicou capítulo exclusivo à defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado no capítulo VI “do meio ambiente” desta constituição. Dentre os bens ambientais mais preciosos e indispensáveis à sobrevivência de todos os seres vivos está a água, por isso a importância dessa proteção constitucional.

No Código Florestal¹⁷, a questão da defesa e preservação dos recursos hídricos aparece novamente. Com base no princípio do desenvolvimento sustentável, o referido Código elenca, nos incisos I, III e IV do artigo 1º-A, o compromisso do Estado brasileiro na preservação dos recursos hídricos, entre outros. Ao estabelecer limites de área verde nas propriedades rurais está se protegendo as nascentes e assim os recursos hídricos. Áreas de preservação permanente e matas ciliares, preconizadas pelo Código Florestal, estão interligadas à questão da água. As áreas verdes, já citadas, são fundamentais para a preservação de nascentes e, conseqüentemente, da água. Dentre as funções da cobertura vegetal podemos citar a proteção contra a incidência do sol e a manutenção da biodiversidade do local.

Além desses instrumentos legais, temos a Lei nº 9.984¹⁸ de 17 de julho de 2000. Essa lei “dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos”.

O foco dessa lei está na questão da gestão dos recursos hídricos, assim como a Lei nº 9.433/97. A preocupação é regular o uso da água como forma de preservação desse recurso, estabelecendo a outorga e também a cobrança pelo uso. Em que pese a importância desses instrumentos e a própria necessidade de preservação da água, muitas vezes nos deparamos com o senso comum de que “se estou pagando posso gastar o quanto quiser”.

A questão cultural, nesse aspecto, também é muito importante. A educação ambiental e a mudança de mentalidade da coletividade seriam um avanço em relação à preservação dos recursos hídricos e do meio ambiente.

3 Uso da água na atividade agrícola

3.1 O aquífero guarani

Vários fatores contribuem para as mudanças climáticas, principalmente em relação à alteração do regime de chuvas. Dentre esses fatores podemos citar a ampliação de áreas cultivadas devido ao avanço da fronteira agrícola, a liberação de gases originados da indústria, a contaminação pelo lixo,

16 Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>

17 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>

18 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm>

dentre outros. Tais alterações podem provocar diminuição de água para satisfação das necessidades básicas e também para a própria manutenção do equilíbrio do sistema ambiental, pois são as chuvas as responsáveis pela restituição da água que é consumida pelas diversas atividades que se têm hoje. Portanto, quando há alterações na regularidade neste sistema de restituição dos reservatórios, como exemplo secas em época de chuvas, surge a necessidade de retirar água dos reservatórios naturais.

O Aquífero Guarani é uma reserva subterrânea de água doce (considerada até o momento a maior do mundo), localizada na região sul da América do Sul (partes do território do Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai), ocupando uma extensão de terra de, aproximadamente, 1,2 milhão de quilômetros quadrados¹⁹.

Para ter-se uma ideia da dimensão da reserva, ela tem capacidade para abastecer, de forma sustentável, cerca de 400 milhões de habitantes, com 43 trilhões de metros cúbicos de água doce por ano. A profundidade da reserva é de, aproximadamente, 1500 metros. No Brasil, está presente no subsolo dos seguintes estados: São Paulo, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraná, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina²⁰.

Ocupa também partes do território subterrâneo de outros três países da América do Sul: Argentina, Uruguai e Paraguai. Segundo especialistas em hidrologia, a quantidade de água doce seria capaz de abastecer a população mundial por mais de cem anos. Numa possível falta de água doce no futuro, este recurso será de extrema importância para a humanidade. A reserva de água está protegida de contaminações e infiltrações por uma camada de rocha basáltica²¹.

A importância desse reservatório natural de águas subterrâneas consiste no fato de que se trata de água doce podendo ser utilizada no futuro. Além disso, embora esteja localizado em três países da América do sul, 70%²² desse manancial se encontra em território brasileiro.

Diante desse contexto de escassez de água para as várias atividades, surge a possibilidade de exploração desses reservatórios que possuem grande quantidade de água que poderá ser utilizada para a satisfação das necessidades principais. Porém, mesmo sendo um reservatório natural, há que se ressaltar que as possibilidades podem-se esgotar.

3.2 Água e território

O território representa mais além do que simples espaço delimitado geograficamente. Para Rangel Franco e Maria Cristina Vidotte “... no direito, o conceito de território com o qual se está mais familiarizado é aquele construído no âmbito da teoria do Estado, constituindo, juntamente com soberania e povo, elemento conceitual da figura estatal...”²³.

A noção de território, além da visão acima, expande-se para aquilo que se inclui nesse território, enquanto elementos essenciais sem os quais o território perderia tal característica. O território, portanto, além da propriedade geograficamente delimitada, traz em seu interior as matas, os animais, os minérios, a terra, os trilzeiros, as estradas e os cursos d’água.

19 AZEVEDO, Plauto Faraco. Ambiente e direito no limiar da vida. 2008.

20 AZEVEDO, Plauto Faraco. Ambiente e direito no limiar da vida. 2008.

21 AZEVEDO, Plauto Faraco. Ambiente e direito no limiar da vida. 2008.

22 Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/brasil/aquifero-guarani.htm>.>

23 FRANCO, Rangel Donizete. A desapropriação e a regularização dos territórios quilombolas [manuscrito] / Rangel Donizete Franco. - 2012. xv, 195 f.

Orientadora: Prof.ª Dr.ª Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, 2012.

O território não se restringe apenas ao vocábulo terra, enquanto afirmação do direito de propriedade, mas também ao espaço destinado aos meios de vida daqueles que habitam a zona rural. É nesse espaço que criam seus animais, plantam suas roças, cultivam suas hortaliças e levantam suas moradias.

E nesse sentido, Carlos Marés citado por Rangel Franco anota que “... a existência física de um território, com um ecossistema determinado e o domínio, controle ou saber que tenha um povo sobre ele, é determinante para a própria existência do povo...”²⁴. Trata-se de uma visão ampla de território enquanto espaço usado para satisfação de todas as necessidades de cada povo, ou como afirma Shiraishi Neto²⁵, “...o território é um espaço para se construir a vida...”.

3.3 Água e liberdade

A água é recurso indispensável para satisfação das necessidades de todos os animais e plantas, notadamente dos seres humanos. Assim como temos discussões voltadas para a questão da segurança e soberania alimentar, que se referem ao direito de qualquer pessoa se alimentar de forma adequada, satisfazendo todas as necessidades com uma dieta rica em todos os nutrientes necessários à manutenção do corpo humano, a questão da água se dá basicamente da mesma forma.

Será em vão se houver alimentos em abundância e faltar água, pois o acesso à água de qualidade configura direito fundamental sem o qual a pessoa não desfruta de suas liberdades reais. A questão do acesso à água de qualidade, aos alimentos saudáveis e suficientes, enfim, a vários outros direitos inerentes à pessoa humana, relacionam-se com a noção de desenvolvimento pleno preconizado por Amartya Sen.

O autor Amartya Sen²⁶ afirma que “... o desenvolvimento pode ser visto como ‘um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam’ e não mais pelo enfoque do crescimento do PNB, industrialização e avanço tecnológico...”. Para esse autor, as ideias de desenvolvimento e liberdade ultrapassam a noção de desenvolvimento econômico, preconizando que o real desenvolvimento se dá pela capacidade de os indivíduos terem acesso a direitos básicos.

A ideia trabalhada por Amartya Sen se dá pela conjunção de diversos fatores que proporcionam o desenvolvimento em sua plenitude. O acesso à água de qualidade é um exemplo e está interconectado com a segurança alimentar, que consiste no direito de cada pessoa de usufruir de uma dieta alimentar saudável e suficientemente farta para a manutenção da estrutura corporal e como estímulo para a promoção do desenvolvimento humano.

O uso da água na produção agrícola corresponde ao maior gasto desse recurso. Sabe-se que 45%²⁷ das águas do Brasil são consumidas na atividade agrícola, notadamente na irrigação. Para Tundisi,²⁸ o uso dos recursos hídricos na agricultura intensificou-se bastante nos últimos anos do século XX, sendo usados principalmente nas atividades agrícolas. A prática da agricultura irrigada, de acordo com dados da revista da SBPC (Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência), é a que mais demanda recursos hídricos em termos quantitativos. O gasto de água depende do tipo de cultura cultivada, do clima, do solo e do sistema de irrigação. Relativamente à irrigação, essa atividade responde por 69% do consumo

24 Franco, Rangel Donizete. A desapropriação e a regularização dos territórios quilombolas [manuscrito] / Rangel Donizete Franco. - 2012. xv, 195 f.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, 2012.

25 Joaquim Shiraishi Neto. Aula ministrada na faculdade de direito/UFG no dia 14 de outubro de 2013.

26 SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

27 Dados da Revista da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. Abril, maio e junho de 2013.

28 TUNDISI, José Galizia. Água no século XXI: Enfrentamento a escassez. São Carlos: RiMa, IIE, 2. Ed., 2005, P. 34.

de água. Em relação à produção de alimentos, 80% da água utilizada no país são consumidos pela produção de gêneros alimentícios²⁹.

Não se pode esquecer de que a região do cerrado foi palco da expansão agrícola nos últimos anos. Isso justifica a grande variedade de produtos oriundos dessa região. Para se ter uma ideia, o cerrado é responsável pela produção de 80% da soja, 59% do café, 45% do feijão, 44% do milho e 81% do sorgo, 55% da produção nacional de carne bovina, além do girassol, cevada, trigo e outros.

Em nível internacional, de acordo com dados da FAO (Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação), “A agricultura é responsável por 70% do total do consumo de água potável e água subterrânea em nível mundial”³⁰.

Com a chegada da tecnologia, o uso e o acesso aos recursos hídricos se tornaram mais fáceis. Antes se usava mão-de-obra intensiva com emprego de métodos arcaicos de produção e pouca mecanização. No lugar das máquinas usavam-se animais como bois e cavalos como tração para puxar os arados e as carpideiras.

No passado a atividade agrícola coincidia com o período chuvoso, que no cerrado se dá entre os meses de setembro/outubro até os meses de abril/maio do ano seguinte. Não se desmatava, apenas derrubavam-se árvores e ali permaneciam os tocos que poderiam vir a brotar novamente.

Plantava-se no início da estação chuvosa e colhia-se no final dela. Algumas culturas temporárias, que têm prazo de cultivo menor, podem ser cultivadas até duas vezes no mesmo período chuvoso, outras já não admitem o cultivo dobrado na mesma estação, já que necessitam de grande quantidade de água para produzir seus frutos. Então o ideal era aproveitar o máximo a água das chuvas para ter estoques de produtos e alimentos no período seco.

Até o final do século XX e início do século XXI, por exemplo, o cultivo do milho se dava exclusivamente durante o período chuvoso. A pamonha, alimento típico da culinária goiana, era saboreada somente a partir do mês de dezembro, em plena estação chuvosa, época em que há abundância de milho verde. Atualmente, consome-se pamonha em qualquer época do ano devido à implantação dos modernos sistemas de irrigação, o que permite o cultivo da cultura do milho no período da seca.

O avanço tecnológico permitiu que novas práticas de cultivo fossem implementadas para garantir a produção em épocas de estiagem. O principal mecanismo para a satisfação da agricultura em períodos de estiagem é o sistema de irrigação, que permitiu o cultivo e produção no período conhecido popularmente como “entressafra”³¹. A inovação tecnológica favoreceu a produção agrícola e o aumento da população exigiu maior produção de gêneros alimentícios. Essas novas tecnologias permitiram aumento considerável na produção agrícola, o que provocou excedentes na produção e com isso a necessidade de comercializar tais produtos. Antes se cultivava para a manutenção das próprias necessidades, hoje se cultiva com o intuito de gerar excedentes para o mercado externo, originando o que chamamos de “agronegócio”, negócio extremamente lucrativo.

O próprio agronegócio, em que pese suas desvantagens, como a contaminação do solo por defensivos agrícolas, a produção voltada para o abastecimento do mercado externo, a ampliação das pastagens nas zonas de expansão ou fronteiras agrícolas e a substituição das florestas por pastos, necessita de água para se alavancar. Essa substituição das áreas verdes pelas pastagens origina o que David Harvey³² denomina

29 LIMA, Jorge. Situação e perspectivas sobre as águas do cerrado. Revista brasileira para o progresso da ciência. Ciência e cultura. Temas e tendências: cerrado. Ano 63, número 3, julho, agosto e setembro de 2011.

30 Disponível em: <<http://www.infoescola.com/desenvolvimento-sustentavel/agricultura-e-o-consumo-de-agua/>>

31 Entressafra, como o próprio nome diz, é o período compreendido entre as safras, ou seja, entre a produção. Em relação ao centro oeste do Brasil, a entressafra coincide com o período seco (maio a outubro), em que há escassez de chuva. Havendo escassez de chuva, há queda na produção. Por isso, no período da entressafra usam-se os sistemas de irrigação para o cultivo de algumas culturas que são mais facilmente cultivadas no período chuvoso.

32 HARVEY, David. O enigma do capital e as crises do capitalismo. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo, SP: Boitempo, 2011.

de “espaços de segunda natureza ou espaços remodelados pela ação humana”, ou seja, os impactos socioambientais vão se intensificando com o avanço das “frentes de expansão”³³ em áreas que possuem ampla biodiversidade. O impacto social se dá devido ao conflito com grupos sociais que habitam regiões de fronteira, como posseiros, índios e quilombolas, e o impacto ambiental se dá principalmente devido a substituição de áreas nativas pelas pastagens cultivadas e pelo plantio de soja, milho e cana-de-açúcar.

Enquanto a agricultura familiar contribui com aproximadamente 80%³⁴ da produção de alimentos, o agronegócio gera divisas para o exterior por meio da exportação de grãos e carne, principalmente a bovina.

Henkes afirma que “[...o desempenho do agronegócio brasileiro depende diretamente da gestão eficiente dos recursos hídricos, já o incremento da economia brasileira depende do agronegócio...]”³⁵.

A cana-de-açúcar, um dos pilares do agronegócio e que “... constitui uma das matérias-primas mais rentáveis para a produção de bioetanol...”³⁶, foi tomando o lugar das pastagens para o rebanho bovino e esse foi avançando sobre áreas da Amazônia. Áreas que poderiam ser utilizadas para o plantio de alimentos dão lugar a grandes lavouras de cana-de-açúcar e pastagens para instalação de fazendas e criação de gado.

O uso da cana-de-açúcar está ligado à falta de segurança alimentar de boa parte do povo brasileiro. Nas palavras de Ziegler:

A insegurança alimentar na qual vive uma grande parte da população brasileira está, assim, diretamente ligada ao Proálcool. Ela afeta especialmente as regiões de cultivo da cana, já que aí o consumo de alimentos básicos sustenta-se quase exclusivamente nas compras de produtos importados submetidos a importantes flutuações de preços³⁷.

Os meios tecnológicos trouxeram vários benefícios, entre eles os sistemas de irrigação, os quais, para serem implantados, necessitam de alteração no ambiente natural dos cursos hídricos. O represamento da água para fins de irrigação pode acarretar, além de danos ambientais, conflitos entre a vizinhança que recebe água dos imóveis rurais superiores, topograficamente³⁸ falando.

Não há dúvidas de que o uso da água na agricultura é indispensável para a produção de alimentos de forma a garantir a segurança alimentar da população. Porém, há grande desperdício e isso se dá devido à falta de manutenção dos sistemas de irrigação, da própria falta de gestão da água por parte do Estado e da falta de conscientização das pessoas em relação ao uso da água.

33 A expressão é de José de Souza Martins. O tempo da fronteira: retorno à controvérsia sobre o tempo histórico da frente de expansão e da frente pioneira. Disponível em: www.fflch.usp.br. Acessado em: 03 mar. 2014.

34 <<http://www.conab.gov.br/conteudos.php?a=1125&t=2>>

35 HENKES, Silvana Lúcia. O futuro do agronegócio brasileiro sob uma perspectiva hídrico-jurídica. Direito do agronegócio. Coordenadores: João Eduardo Lopez Queiroz, Márcia Walquíria Batista dos Santos. 2ª ed. ampl; prefácio de Mário Otávio Batalha. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

36 ZIEGLER, Jean. Destruição em massa geopolítica da fome. Tradução de José Paulo Netto. 1. Ed. São Paulo: Cortez, 2013.

37 ZIEGLER, Jean. Destruição em massa geopolítica da fome. Tradução de José Paulo Netto. 1. Ed. São Paulo: Cortez, 2013.

38 Topografia é a ciência que estuda uma área de terra limitada, com a finalidade de conhecer sua forma quanto ao contorno e ao relevo, sua orientação, sem levar em consideração a curvatura da terra. Disponível em: <<http://www.geosultopografia.com/topografia.html>>. Quando se fala que um imóvel rural é topograficamente superior a outro imóvel rural, significa que este recebe as águas oriundas daquele, ou seja, a água, obedecendo à lei da gravidade, sempre corre do alto para o baixo, em movimento denominado de “queda livre”. É por isso que quando ocorre o represamento do curso d’água por meio de uma barreira de terra, um aterro, o fluxo e o volume de água diminui para os imóveis que recebem as águas dos imóveis “superiores”. Esta matéria está regulada pelo Código Civil Brasileiro nos artigos 1288/1296, na seção V, do capítulo V, intitulados “das águas” e “dos direitos de vizinhança”, respectivamente.

4 Conclusão

Objetivou-se nesse estudo demonstrar o vínculo entre a atividade agrícola, notadamente a produção de alimentos, e o uso da água. O trabalho demonstra que boa parte dos recursos hídricos disponíveis são gastos na agricultura como forma de garantir a produção de alimentos e com isso a segurança alimentar.

Destacou-se a importância da água enquanto direito humano preconizado pela declaração universal dos direitos do homem, assim como o direito humano à alimentação adequada. Além disso, enfatizamos o direito de acesso à água potável e de qualidade uma necessidade humana que garante à pessoa humana as condições mínimas de vida digna.

Apontou-se os mecanismos legais de tutela dos recursos hídricos, notadamente a Lei nº 9.433/97, que adota a noção de que o recurso água precisa ser gerido de forma eficaz e sustentável e para isso a referida Lei elenca seus instrumentos.

Ressaltou-se a importância da atuação do Ministério Público enquanto guardião dos interesses difusos e coletivos, sendo que o direito ao meio ambiente saudável está inserido nessa categoria. O acesso à água e a defesa desse recurso também configura bem ambiental fundamental à vida e que merece proteção das instituições estatais e da própria coletividade.

Relativamente à questão ambiental, a preocupação se dá em relação ao uso sustentável de qualquer recurso natural, o que não vem ocorrendo com a água. Dados dessa pesquisa demonstram que grande parte da água é desperdiçada devido a falhas nos sistemas de canalização, seja em relação aos sistemas de irrigação, seja em relação aos sistemas de abastecimento público.

O desperdício e a própria alteração climática contribuem para a diminuição e disponibilidade do recurso água. O gasto excessivo e a diminuição das chuvas, somados à devastação de importantes regiões produtoras de água, podem caracterizar situação de insegurança hídrica, assim como a falta de alimentos gera insegurança alimentar.

A questão do uso da água na atividade agrícola, notadamente efetivado pela implantação dos sistemas de irrigação, deve ser acompanhada de uma gestão eficaz, que consiste principalmente no método de irrigação próprio para a sua finalidade e que satisfaça a demanda sem esgotar as possibilidades futuras do manancial.

A escassez de água é o principal problema ambiental que se tem hoje. Pode-se viver sem uma infinidade de coisas, mas sem água não se tem como ir adiante. Considerando que os recursos hídricos são usados para uma infinidade de atividades, principalmente na produção agrícola, na falta deste recurso outros problemas graves que já existem, serão intensificados.

A fome, que tem como uma de suas causas a falta de renda conjugada com o aumento do preço dos alimentos, poderá agravar-se pela falta de água para produção de alimentos. O próprio regime de chuvas está se alterando ante as mudanças climáticas e isso acarretará prejuízos para a produção de algumas culturas temporárias que são produzidas somente na estação chuvosa.

Por isso, a gestão dos recursos hídricos, expressa na Lei nº 9.433/97, deve ser priorizada como forma de se preservar a água e, além disso, criar mecanismos que restaurem as áreas verdes das nascentes que foram degradadas como forma de aumentar a produção desse recurso indispensável à produção de alimentos e à vida.

Embora o foco desse trabalho seja a relação do uso da água com a produção agrícola e também a discussão dos meios mais adequados para a preservação dos recursos hídricos, não podemos nos esquecer-se de que juntamente com a questão da água está, de forma mais ampla, a questão ambiental.

Diante disso, espera-se que esse trabalho possa de alguma forma contribuir para com a discussão acerca da necessidade de preservação dos recursos hídricos de modo a garantir produção de alimentos saudáveis para

a população, e que o Estado, juntamente com a coletividade, cumpra seu papel de gestor e institua políticas públicas para evitar a poluição e o desperdício, garantindo assim o uso sustentável dos recursos hídricos.

Referências

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*, 2008.

BRASIL, *Aquífero Guarani*. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/brasil/aquifero-guarani.htm>>

BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

BRASIL, *Código Civil de 2002*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>

BRASIL, *Código Florestal brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>

BRASIL, lei nº 9.433/97. *Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/19433.htm>

BRASIL, *Lei nº 9.984/2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm>

BRASIL, Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Declaração Universal. Declaração Universal dos Direitos da Água. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-universal-dos-direitos-da-agua.html>>

FAO, *Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação. Relatório sobre mudança climática, água e segurança alimentar*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/escassez-de-agua-afetara-seguranca-alimentar-alerta-relatorio-da-fao/>>

_____. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/desenvolvimento-sustentavel/agricultura-e-o-consumo-de-agua/>>

FRANCO, Rangel Donizete. *A desapropriação e a regularização dos territórios quilombolas* [manuscrito] / Rangel Donizete Franco. - 2012. xv, 195 f.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, 2012.

HARVEY, David. *O enigma do capital e as crises do capitalismo*. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo, SP: Boitempo, 2011.

HENKES, Silvana Lúcia. *O futuro do agronegócio brasileiro sob uma perspectiva hídrico-jurídica. Direito do agronegócio*. Coordenadores: João Eduardo Lopez Queiroz, Márcia Walquíria Batista dos Santos. 2^a ed. ampl; prefácio de Mário Otávio Batalha. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LEITE, José Rubens Morato. Ayala, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LIMA, João Vicente R. B. C. *As possibilidades de uma socioecologia em Amartya Sen*. Disponível em: <<http://pensamentoplural.ufpel.edu.br/edicoes/03/06.pdf>>

LIMA, Jorge. *Situação e perspectivas sobre as águas do cerrado. Revista brasileira para o progresso da ciência. Ciência e cultura. Temas e tendências: cerrado*. Ano 63, número 3, julho, agosto e setembro de 2011.

MARTINS, José de Souza. O tempo da fronteira: retorno à controvérsia sobre o tempo histórico da frente de expansão e da frente pioneira. Disponível em: www.fflch.usp.br.

NETO, Joaquim Shiraiishi. Aula ministrada na faculdade de direito da Universidade Federal de Goiás no dia 14 de outubro de 2013.

REYMÃO, Ana Elizabeth. SABER, Bruno Abe. *Acesso à água tratada e insuficiência de renda: duas dimensões do problema da pobreza no nordeste brasileiro sob a ótica dos objetivos de desenvolvimento do milênio*. Disponível em: <http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/vii_en/mesa5/trabalhos/acesso_a_agua_tratada_e_insuficiencia.pdf>

ROQUE, Márcio William. Tese de doutoramento. Disponível em: <http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/dezembro2007/ju384pag04.html>

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TUNDISI, José Galizia. *Água no século XXI: Enfrentando a escassez*. São Carlos: RiMa, IIE, 2. Ed., 2005,

ZIEGLER, Jean. *Destruição em massa geopolítica da fome*. Tradução de José Paulo Netto. 1. Ed. São Paulo: Cortez, 2013.

_____. *Meio ambiente, fórum da água. ONU deverá ver disputa entre mercado e defensores de água*. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=3216>

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Produção de alimentos: agricultura familiar x cultura de exportação no Brasil, sob a perspectiva da sustentabilidade

Food production: family agriculture *versus* exporting mindset in Brazil under a sustainable point of view

Luá Cristine Siqueira Reis
João da Cruz Gonçalves Neto

Produção de alimentos: agricultura familiar x cultura de exportação no Brasil, sob a perspectiva da sustentabilidade

Food production: family agriculture *versus* exporting mindset in Brazil under a sustainable point of view

Luá Cristine Siqueira Reis*

João da Cruz Gonçalves Neto**

Resumo

O presente trabalho analisa como é impactada a produção de alimentos para consumo em detrimento da produção de alimentos para exportação, comparando a agricultura familiar em face da cultura de exportação no Brasil, sob a perspectiva da sustentabilidade. Será analisado ainda como a necessidade de uma efetiva reforma agrária impacta nesta problemática e qual a participação e relevância das políticas públicas neste cenário. O Brasil por ser um país de dimensões continentais e com sua biodiversidade que exorbita a realidade de muitos países do globo é cobiçado e tido como potência de riquezas naturais, para produção de bens primários em especial por ser um país localizado na zona tropical. O estudo assenta-se sob o pensamento das contradições e reflexões atuais sobre as monoculturas e biodiversidade da escritora e ativista indiana Vandana Shiva e também sob a teoria da obra Desenvolvimento como liberdade do autor Amartya Sen.

Palavras-chave: Políticas públicas. Reforma agrária. Sustentabilidade. Produção de alimento.

Abstract

This paper analyzes how impacted food production for consumption at the expense of food production for export, comparing the family agriculture with compare of export crop in Brazil, from the perspective of sustainable growth. Will be further analyzed as the need for an effective land reform impacts on this issue and where participation and relevance of public politics in this scenario. The Brazil as a country of continental dimensions and its biodiversity which is outside the reality of many countries around the world and is coveted power had as natural resources for production of primary goods in particular for being a country located in the tropical zone. The study is based on the thought of contradictions and current reflections on monocultures and biodiversity of Indian writer and activist Vandana Shiva and also in the theory of work Development as Liberty Amartya Sen the author.

Keywords: Publics politics. Agricultural reform. Sustainable growth. Food production.

Recebido em 08/11/2013

Aprovado em 09/03/2014

* Advogada. Mestranda em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Docência do Ensino Superior pelo Instituto Brasil Central.

** Pós-doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Filosofia. Professor Adjunto II do Programa de Mestrado em Direito, da Universidade Federal de Goiás.

1 Introdução

O conflito de terras é uma problemática que remonta toda uma história de construção da estrutura fundiária do Brasil, de concentração da terra nas mãos de poucos, má distribuição e uma maioria sedenta e dependente dessas minorias para sua sobrevivência e subsistência. Ainda hoje existem pessoas que dependem da terra para sobreviver.

Na contemporaneidade a monocultura é vista como mais rentável e promissora que a agricultura familiar, pois se utiliza de mecanização dos meios de produção, além de uma uniformização das riquezas naturais. A agricultura familiar na contemporaneidade tem sido enfraquecida face a monocultura para exportação, pois há a ilusão de que esta segunda será quem pagará ou ao menos diminuirá a dívida externa do país. Como consequência disto, os alimentos têm seus preços elevados, aumentando assim a fome, a desigualdade social e levando ao consequente caos urbano.

A reforma agrária está prevista desde 1850 na Lei de terras, tem também previsão no Estatuto da Terra de 1964 e reafirma seu conteúdo e intento na Constituição Federal do Brasil, que traz como um dos parâmetros para desapropriação da propriedade, o cumprimento de sua função social. Esta por sua vez no capítulo III do Livro VII (Da ordem econômica e financeira) no artigo 186 traz os requisitos a serem cumpridos e que cientificamente muitas vezes são ignorados pelo proprietário da terra e ignorado pelo poder público.

O êxodo rural, promovido pela mecanização das monoculturas é outra situação enfrentada pelas monoculturas, que fomenta o desemprego no campo. A agricultura familiar por sua vez, utiliza-se da mão-de-obra da família e eventual presença de terceiros para auxiliar. Além disso, o excedente é vendido e responsável por 70% da produção de alimentos que chegam à mesa dos brasileiros. Ignora-se neste contexto a biodiversidade, as riquezas naturais e o ecossistema equilibrado. Não se percebe que este equilíbrio é necessário para uma melhor rentabilidade e produtividade do cultivo.

A sustentabilidade assume papel de destaque nesta discussão que por muitas vezes é ignorada pelo capitalismo exacerbado que visa o lucro imediato e acredita que o estilo monocultor seja o melhor e mais inteligente

Destaca-se a importância da agricultura familiar e da produção diversificada de alimentos para consumo da população brasileira bem como na empregabilidade do homem do campo. Visa compreender sua dinâmica face à monocultura para exportação.

Sustenta-se como hipótese que a agricultura familiar merece e carece de políticas públicas eficientes para fixação do agricultor no campo e incentivos para maior produção de alimentos. O método a ser utilizado será o indutivo, partindo de casos específicos para o geral, bem como do estudo bibliográfico.

2 Agricultura familiar no contexto contemporâneo

A Agricultura familiar tem uma lei específica, a Lei n. 11.326/2006, que define agricultor familiar enquanto aquele que pratica atividades rurais e que atenda aos seguintes requisitos: I – não detenha a qualquer título, área superior a quatro módulos fiscais; II – utilize mão-de-obra predominantemente da própria família em suas atividades econômicas; III – tenha percentual mínimo originado das atividades de seu estabelecimento; e IV – dirija o estabelecimento com sua família, com auxílio eventual de terceiros. Depreende-se da lei que o mais importante dentre estes elementos constitutivos da propriedade familiar, é o quarto, a participação efetiva do conjunto familiar. Assim está definido pelo artigo 3º do referido dispositivo e, é este elemento que assegura e configura a especificidade do instituto¹.

1 MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Para Benedito Ferreira Marques², a propriedade familiar tem outra dimensão:

[...] tem o tamanho exato de um módulo, calculado de acordo com cada região do país e tipo de exploração. Nem mais nem menos do que um módulo. Se menor é minifúndio; se maior, pode ser latifúndio ou até mesmo empresa rural”.

Marques salienta³ ainda que nos projetos até então analisados, há a perspectiva de que a distribuição de lotes seja feita de acordo com o tamanho da propriedade familiar e que se inclua a concessão de uso real. Para fomentar a produção na propriedade, de modo a atender a realidade do agricultor local e sua atividade desenvolvida.

Conforme dados do último Censo Agropecuário⁴ do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) 74,4% dos trabalhadores rurais, são agricultores familiares. Somados eles correspondem a mais de 12 milhões de brasileiros, que são responsáveis por mais de 70% dos alimentos produzidos e consumidos diariamente na mesa da população nacional.

Para o geógrafo, Bernardo Mançano⁵, agricultura familiar historicamente associa-se ao campesinato e a estrutura em si, demarca um processo de sua destruição, pois estes conflitos se expressam em embates de processos estruturais e conjunturais. Antes, o conflito do campesinato se dava com as monoculturas e a ampliação da agroindústria, no período ditatorial em que quase houve extinção dos movimentos camponeses. Atualmente para ele, o conflito deslocou-se dos latifúndios e hoje confronta “com corporações transnacionais” e esta mudança se deve em especial ao processo de globalização da questão agrária brasileira.

A crise alimentar para Mançano resultou no “mito” do paradoxo da modernidade: descobriu-se que o agronegócio (as monoculturas) não é verdadeiramente o grande produtor de alimentos, instigando e demonstrando a importância da agricultura familiar (denominado por ele, campesinato) na alimentação da população, bem como a necessidade de políticas públicas de soberania alimentar.

O Ministério do Desenvolvimento Agrário MDA⁶, possui e desenvolve políticas públicas voltadas ao agricultor familiar. Dentre elas destacam-se o alimento escolar, política instituída pela Lei n. 11.947/2009, que determina a utilização de no mínimo 30% dos recursos repassados pelo FNDE (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação) para a alimentação, sejam realizados da agricultura familiar, do empreendedor familiar ou de suas organizações; fomentando assim o desenvolvimento e produção dos assentamentos de reforma agrária, comunidades tradicionais indígenas e quilombolas.

O Mais Alimentos é uma linha de créditos do Pronaf que financia investimentos para a modernização da propriedade rural familiar; ela permite ao agricultor investimento na modernização e aquisição de máquinas e equipamentos. A Assistência Técnica de Extensão Rural (Ater) é outro programa que visa especialmente, melhorar a renda e a qualidade de vida das famílias rurícolas, por meio de acesso a recursos, renda e aperfeiçoamento da produção, primando sempre pela sustentabilidade.

O programa biodiesel é relevante, segundo o MDA, e contribui para gerar energias de fontes renováveis, em especial os biocombustíveis, que propiciam a inclusão produtiva e geração de renda no campo. Demonstrando a relevância de a agricultura familiar colaborar e participar com a cadeia produtiva de energias renováveis interna.

2 MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 57.

3 MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

4 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo agropecuário de 2006*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=pb&tema=censoagro>>. Acesso em: 15 jul. 2013

5 FERNANDES, Bernardo Mançano. *O MST e as reformas agrárias do Brasil*. 2008. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/osal/osal24/04mancano.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2013

6 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Início*. Disponível em: <<http://portal.mda.gov.br/portal/>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

O Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf) é outro programa de estímulo ao agricultor familiar e assentados da reforma agrária.

Dentre os programas citados, o Pronaf financia projetos individuais ou coletivos, que gerem renda aos agricultores familiares e assentados da reforma agrária. Ele é o mais difundido e amplo do MDA. Segundo o Ministério⁷, o programa possui as menores taxas de juros e conseqüente menor taxa de inadimplência entre os sistemas de crédito do país.

Embora o ministério demonstre esta eficiência, o que se percebe na prática, é a inoperância do programa frente à acessibilidade dos programas aos que realmente seriam beneficiados.

Rozane Márcia e Sérgio Schneider⁸ apresentaram um estudo sobre a produção e as políticas públicas alimentares a partir do Programa de Alimentação Escolar do Brasil, buscando compreender como se dá a consolidação do programa. Como vem sendo tratada a questão da escolha do gênero alimentício para alimentação escolar pelos agricultores familiares. E verificou no estudo que na verdade o país enfrenta um duplo problema: sendo o primeiro relativo à exclusão do agricultor familiar do mercado, evidenciado pela grande pobreza rural, e o segundo problema refere-se ao perfil nutricional, complexificado pela dupla carga de morbidade associada às deficiências e a má qualidade do consumo alimentar. Deste modo, segundo os autores, o programa fomenta ainda mais o separatismo e a promoção da fome, ao invés de agregar e somar forças, trabalho e produção.

François Polet, no texto *Triple défi environnemental pour l'agriculture familiale*⁹, fala sobre o desafio da agricultura familiar do sul do globo. Para o autor o que resolve a problemática é adotar técnicas de cultivo para produzir em condições mais difíceis, melhorar a capacidade do solo em reter água, operar sementes e animais, trabalhando para economizar água (tradução livre).

Na prática o que se observa é que a agricultura familiar hoje enfrenta grandes dificuldades no cenário brasileiro. Como problemas de acesso aos dados, às políticas públicas existentes. Efetividade da assistência técnica e extensão rural ao agricultor que o assiste para o desenvolvimento de suas atividades bem como o acompanhamento é outra dificuldade. Acesso aos créditos voltados para seu perfil, que devido ao desconhecimento ou incompletude das informações, que chegam incongruentes, não consegue acessá-los e, portanto os perde.

Outra grande problemática da agricultura familiar na atualidade é o desvirtuamento de sua função precípua: produção de alimentos para consumo e venda do excedente. As novas políticas de desenvolvimento da agricultura familiar para a produção, por exemplo, de biodiesel como dito, é temeroso. Pois sendo este agricultor responsável por 70% dos alimentos produzidos no Brasil, com sua produção voltada aos biocombustíveis, os alimentos que já estão caros, aumentarão ainda mais em detrimento da escassez de alimentos produzidos.

7 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Sobre o programa* Disponível em: <<http://comunidades.mda.gov.br/portal/saf/programas/pronaf>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

8 TRICHES, Rozane Márcia; SCHNEIDER, Sérgio. *Alimentação escolar e agricultura familiar: reconectando o consumo à produção*. São Paulo: Saúde Sociedade, 2010

9 “Le véritable défi pour l'agriculture familiale au Sud est d'améliorer sa capacité de résistance et d'adaptation à des évolutions que l'on sait déjà énormes, même dans le « best case scenario » (peu probable) où les principaux pays pollueurs réduiraient rapidement leurs émissions. Pour les millions de paysans confrontés à la diminution de la pluviométrie, il s'agit donc d'adopter des techniques agricoles permettant de produire autant, voire davantage, dans des conditions plus difficiles - en améliorant la capacité des sols à retenir l'eau, en opérant un travail de sélection des semences et espèces animales plus économes en eau, etc.” Centre Tricontinental (Belgique). Jan. 2010. Disponível em: www.cetri.be, acesso em 10/06/2013. “O verdadeiro desafio para a agricultura familiar no sul do país é o de melhorar a sua resistência e capacidade de adaptação às mudanças que já sabemos enorme, mesmo no “melhor cenário” (improvável) caso em que os principais poluidores reduzem rapidamente suas emissões. Para milhões de agricultores que enfrentam a diminuição das chuvas, é, portanto, adotar técnicas de cultivo para produzir tanto ou mais nas condições mais difíceis - melhorar a capacidade do solo de reter água, operando uma seleção de sementes de trabalho e animais poupança em água, etc”.

A realidade é que cada dia mais os agricultores têm migrado para este tipo de produção, conforme pode-se ver os dados do MDA, pois sua venda é certa, além de ter política pública forte para seu incentivo.

3 Agronegócio no Brasil

Boaventura de Sousa Santos em sua obra, *Pela mão de Alice*¹⁰, destaca o debate que circunda as ciências sociais no que se refere a seus questionamentos fundamentais há época de Fourier¹¹, em uma análise de contrastes entre o norte o sul do globo. Divide seu estudo em três pressupostos: O primeiro é entender se as ciências sociais são mais incertas que ao tempo de Fourier; o segundo pressuposto é que em razão da diversidade e conflitualidade, algumas correntes científicas continuam a esquecer problemas fundamentais da ciência ou os identifica; e o terceiro pressuposto é que na época (fim do séc. XX), os cientistas sociais não podiam deixar de se posicionarem em diversos campos.

Santos¹², traz como conceito de problemas fundamentais aqueles que estão na raiz das instituições e práticas humanas, regados de estruturação e ação social, e também como fonte de contradições.

Para ele essa dinâmica epistemológica e societal resultam tanto em maior visibilidade de problemas fundamentais como em maior urgência de saná-los. E destaca que inclusive esse poder revolucionário está em xeque. As formas de emancipação, a democracia participativa, ou seja, para ele a solução se assenta em reinventar o pensamento emancipatório e a vontade de emancipação social.

Tudo isto, para demonstrar o discurso quanto às culturas para exportação e, talvez compreender o porquê que se vê neste modelo de produção o sucesso e a perspectiva de ideal para a sociedade brasileira.

Santos¹³ elenca o que considera os problemas fundamentais nos diferentes espaços de tempo. Destacar-se-á apenas o que se refere ao espaço-temporal mundial. Neste ponto, o autor entende que a sociedade liberal moderna tem vivido com problemas fundamentais radicais que fora movida pelos movimentos socialistas e comunistas, sendo três os problemas considerados: a explosão demográfica; a globalização da economia; e a degradação ambiental.

A explosão demográfica é vista como um problema quando se tem desequilíbrio entre a população e os recursos naturais e sociais disponíveis para sustentá-los satisfatoriamente. Ao contrário do previsto na Teoria de Malthus¹⁴: em que a produção de alimentos cresceria em escala aritmética, enquanto a população cresceria em escala geométrica. Para o autor, três fatores foram cruciais para fazer cair por terra a teoria de Malthus: “a emigração maciça dos ingleses e dos europeus em geral; o aumento da produtividade da terra com a revolução agrícola, e o aumento da produtividade do trabalho com a revolução industrial.”

A globalização da economia o conduz ao segundo vetor da problemática. Houve o deslocamento do eixo da produção e conseqüente maior disparidade entre os países do norte e do sul do globo no que se refere a desenvolvimento e domínio de técnicas. Entre 1945 e 1973 a economia mundial teve uma enorme expansão. A primeira grande disparidade foi a expansão das multinacionais e conseqüente polarização da desigualdade entre o Norte e o Sul. Pois o traço predominante da economia está na “proeminência das multinacionais é o avanço tecnológico das últimas décadas quer na agricultura com a biotecnologia, quer na indústria com a robótica, a automação e também a biotecnologia.”¹⁵ O que não se conseguiu mensurar

10 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008

11 François Marie Charles Fourier, socialista francês do século XIX, um dos precursores do cooperativismo.

12 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008

13 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008

14 Thomas Malthus, economista, estatístico, demógrafo e estudioso das Ciências Sociais. Malthus analisou que entre os anos 1650 e 1850 o crescimento da população dobrara, e devido à diminuição da taxa de mortalidade e aumento da natalidade, concluiu que a fome seria um mal inevitável caso não houvesse um controle destes índices. Segundo seus estudos a população crescia em escala geométrica, enquanto a de produção de alimentos, em escala aritmética.

15 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 291

foi o impacto da biotecnologia agrícola na saúde humana e no meio ambiente. Pois a produção aumenta exponencialmente à custa da redução da biodiversidade.

O terceiro vetor para Boaventura é a degradação ambiental. Para ele de todos os vetores mencionados, este em sua concepção é o mais intrinsecamente transnacional, e que certamente pode redundar em um grande conflito entre Norte e Sul, pois afeta direito intergeracional, que vai além da solidariedade transnacional, pois os países do Norte se especializaram em poluição industrial, e gradativamente têm transferido este potencial aos países do Sul. O que por uma questão de tempo acarretará ao colapso do meio ambiente e tudo indica a um grande problema/conflito.

Nesta perspectiva a escritora e ativista indiana, Vandana Shiva em sua obra *Monoculturas da mente*¹⁶, afirma haver uma inversão dos valores e do que é considerável rentável pela sociedade capitalista. A destruição da biodiversidade é intrínseca ao modelo florestal reducionista que se concebe da floresta. A floresta natural hoje com a sua diversidade, é vista como “caos”. A floresta “feita” pelo homem é a “ordem”. Porém conforme Shiva, ledor engano encontra-se nesta teoria. “O ponto de vista das matérias-primas industriais é a silvicultura reducionista do capitalismo que divide a democracia e a diversidade vida da floresta em duas categorias, a madeira com valor comercial é o resto, ervas-daninhas e lixo”. E continua: a revolução verde não só mudou as variedades de sementes, mas também o terceiro mundo.

Os estudos de Vandana comprovam que a as florestas tropicais podem ser até o dobro mais produtivo e com variedades de espécies que as temperadas. Aspecto este que chama a atenção ainda mais de investidores e os atrai para o Brasil, por sua grande extensão de terra e principalmente por seu clima e variedades de climas, propício à maioria de cultivos.

4 Reforma agrária, produção de alimentos e sustentabilidade

Sobre exclusão social e reforma agrária, o corpo social em especial os movimentos, esperam que se promova a tão desejada reforma agrária, para que se minimize e desconcentre tanta terra nas mãos de poucos. Mas este objetivo parece tão utópico e distante dos brasileiros que quando se fala sobre isso, mais parece expectativa, que algo já regulado e previsto em lei.

A exclusão social que assola a sociedade, e é dentre outros fatores, um dos promotores da desigualdade e marginalização urbana, reflexo da questão agrária presente no Brasil e também política, pois o rurícola já que não possui espaço em seu ambiente primitivo, vai para a cidade em busca de oportunidade e, por fim, é lá também marginalizado pelo sistema.

A política também tem responsabilidade neste aspecto, afinal é por meio de decreto presidencial que se dá a desapropriação por descumprimento da função social da terra. O professor Bernardo Mançano¹⁷, neste sentido destaca que as lutas camponesas, sobretudo a partir da fundação do MST (Movimento dos Trabalhadores sem Terra) em 1970, foram movimentos que recolocaram a questão agrária em voga na pauta política, que fora sufocada pelo golpe militar de 1964.

Mançano¹⁸ acrescenta que, com a fundação do Partido dos Trabalhadores (PT), na década de 80, ganhou espaço nas pautas do partido juntamente com o MST e a Comissão Pastoral da Terra (CPT) questões relacionadas à questão da terra no país, também no que se refere ao enfileiramento dos camponeses com latifundiários.

Após o regime militar, no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso realizou-se uma forte política de assentamentos rurais. Entretanto, em seu segundo mandato, como vira que o processo seria mais

16 SHIVA, Vandana. *Monoculturas da mente*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003

17 FERNANDES, Bernardo Mançano. *Reforma agrária no governo Lula: a esperança*. Disponível em: <http://www2.fct.unesp.br/nera/publicacoes/LULA_RA.pdf> Acesso em: 20 jul. 2013

18 FERNANDES, Bernardo Mançano. *Reforma agrária no governo Lula: a esperança*. Disponível em: <http://www2.fct.unesp.br/nera/publicacoes/LULA_RA.pdf> Acesso em: 20 jul. 2013

delongado que o imaginado reпреendeu e criminalizou a luta pela terra, desenvolvendo uma nova política de mercantilização da terra.

Neste âmbito, Mançano¹⁹ menciona que a eleição do Luiz Inácio Lula da Silva (Lula) como presidente representou uma esperança aos envolvidos com as políticas de reforma agrária. E de fato o Lula contribuiu para a reforma agrária no Brasil. Não é o que se pode dizer até o presente momento do governo Dilma. Conforme dados do site “diário liberdade”²⁰, o governo Lula assentou 33 mil famílias em 2003, e no governo Dilma foram 22 mil famílias em 2011.

Segundo Shiva²¹, a produção de alimentos está a cada dia mais comprometida, pois o que interessa para o capitalismo atual é a produção para exportação, ou seja, monocultura; acabar com a biodiversidade, com as plantas nativas e extinguir a fauna; grãos para alimentar animais, para construção civil e bens primários para manufaturar; isso tem gerado um aumento exacerbado dos alimentos e muitas vezes a substituição por outros equivalentes para tentar se manter um padrão alimentício.

Neste contexto, porém sob uma perspectiva Marxista, Gonçalves²², destaca que em várias partes do mundo, pobreza e riqueza exibem um conluio prejudicial para a destruição da natureza. Fazendo uma “natureza humanizada” em que tudo o que cobre quase a totalidade da superfície terrestre é um produto do homem. Como consequência destas ações devastadoras tem-se que a desigualdade e a injustiça somam-se às ações prejudiciais à natureza, afinal a locomotiva que gere todo o sistema é o dinheiro e o capital.

Para Shiva²³ ainda, a produção dos alimentos associa-se também com a sustentabilidade. Quanto mais equilibrado o meio ambiente, maior a tendência de sua produtividade. Deste modo, inegável é a importância de se preservar o meio ambiente em prol de melhores resultados no campo.

Amartya Sen, economista indiano escreveu um texto enviado ao The New York Times intitulado: “Os ricos estão mais famintos”²⁴. Neste texto o economista destaca a crescente demanda por alimentos, mas que muitas vezes não são para alimentação e sim para produção de biodiesel ou alimentar animais. Demandas como esta, com políticas governamentais equivocadas aplicadas, por exemplo, à África, China, Vietnã e Argentina. Esse problema global segundo Amartya, não é provocado por uma desaceleração na produção de alimentos, porém estas políticas sem planejamento ao mesmo tempo fazem com que recursos agrícolas sejam desviados dos alimentos para a produção do combustível, o que torna ainda mais difícil a concorrência para os estômagos famintos.

Sen²⁵ em sua obra “Desenvolvimento como liberdade”, fala do crescimento populacional dentre outros problemas sociais e econômicos, e neste diapasão conceitua que o “desenvolvimento como liberdade”, firmado pelas relações empíricas, é solucionado justamente pela liberdade e não seu cerceamento.

Trazendo a temática para a questão do conflito entre Ambiental e Agrário, tem-se que, na verdade, a liberdade deve regular estas relações, desde que a lei tenha critérios claros e objetivos que não oportunizem a burla das normas.

19 FERNANDES, Bernardo Mançano. *Reforma agrária no governo Lula: a esperança*. Disponível em: <http://www2.fct.unesp.br/nera/publicacoes/LULA_RA.pdf> Acesso em: 20 jul. 2013

20 REFORMA agrária agoniza. Desempenho vergonhoso do governo da Dilma. *Diárioliberalidade*. 2014. Disponível em: <<http://www.diarioliberalidade.org/brasil/institucional/39045-reforma-agr%C3%A1ria-agoniza-desempenho-vergonhoso-do-governo-dilma.html>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

21 SHIVA, Vandana. *Monoculturas da mente*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003

22 GONÇALVES, Carlos Walter Porto. *Os (des) caminhos do meio ambiente*. São Paulo: Contexto, 2007.

23 SHIVA, Vandana. *Monoculturas da mente*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003

24 SEN, Amartya. *Os ricos estão mais famintos*. *The New York Times*, New York, 01 jun. 2008.

25 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

Acerca da sustentabilidade Vandana Shiva²⁶, ensina “a característica crucial das monoculturas é que, além de substituir as alternativas, destroem até mesmo a sua base”. São insuscetíveis de outros sistemas e incapazes de se reproduzirem de forma sustentável. Essa uniformização da floresta que a “silvicultura “científica” está tentando criar transforma-se numa fórmula de insustentabilidade”.

Gonçalves remete-nos em uma reflexão filosófica acerca da estrutura da sociedade que pode muito bem ser associada para justificar a conflitualidade entre agricultura e cultura para exportação. “Toda cultura observada de fora ou sob a ótica de outros valores aparece como irracional.”²⁷ Ou seja, há uma significação, um contexto racional para aquele que vive naquela conjuntura.

Ele remete ao propósito da sociedade natural, situação que ocorre, por exemplo, em nossa sociedade, uma organização sociocultural em que neste contexto de diversidade e multiplicidade nenhum destes povos-culturas pode ser apontado como natural em relação a outros. Pois todos são construção de um modo de ser, fazer, viver e conhecer. A menos que adote-se um conceito de ser. Deste modo, ele sugere que se teria uma situação semelhante ao nazifascismo, e sugere que neste caso, ter-se-ia uma conotação “ecofascista”.

Arnoud Zacharie, no texto *Ebullitions sociales et crises alimentaires*,²⁸ trata do tumulto referente aos preços dos alimentos nos países em desenvolvimento. Segundo o Banco Mundial, o valor das commodities desde 2005 aumentaram 80%, o que em um breve espaço de tempo, pode gerar “tumulto” nestes países. E fala ainda do impacto da alimentação no orçamento das pessoas de países em desenvolvimento em face dos desenvolvidos. “Ao contrário dos países ricos, onde a percentagem de alimentos na renda está entre 10 e 20%, chega de 60 a 90% nos países em desenvolvimento” (tradução livre). Esse fator segundo Zacharie fez com que a crise alimentar generalizasse e tumultuasse o mundo em desenvolvimento.

5 Conclusão

Devido às políticas públicas existentes e a omissão do poder público para a promoção da reforma agrária, acaba por propiciar a acumulação de terras nas mãos de poucos e afasta a tão ansiada função social da propriedade, nesta conjuntura, a terra é um bem finito e limitado a poucos. Ela passou a ser instrumento de dominação jurídico-política que necessita de instrumentos eficientes para sua justa divisão e utilização.

O Brasil possui grande extensão de terras, mas não tão bem utilizadas e preservadas, convive neste impasse de quanto, como e para que produzir, que configura a questão agrária da atualidade e que na verdade remonta toda sua conjuntura histórica e estrutural.

Esta problemática está ligada, em boa parte, à questão da má distribuição da terra, uma vez que os agricultores familiares em sua maioria não têm qualificação técnica. Ainda, as políticas públicas específicas que atendem sua realidade prática, travam em questões burocráticas que as tornam ineficientes, o que engessa sua produção. Acabam por tornarem-se contingentes de pessoas que acabam por deslocar-se intra e extra regiões, devido aos entraves de acesso e perspectivas no campo, em busca de alguma oportunidade/visibilidade e acabam por inchar as periferias das cidades e aumentar a pobreza²⁹.

As políticas públicas voltadas à agricultura familiar ainda carecem e muito de efetividade e principalmente, de acessibilidade aos agricultores, que são o escopo do projeto. As políticas e o mercado

26 SHIVA, Vandana. *Monoculturas da mente*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003. p. 68.

27 GONÇALVES, Carlos Walter Porto. *Os (des) caminhos do meio ambiente*. São Paulo: Contexto, 2007. p. 95-96.

28 “Or, contrairement aux pays riches où la part de l'alimentation dans les revenus se situe entre 10 et 20%, elle atteint de 60 à 90% dans les pays en développement”. 2010, disponível em: <http://www.cetri.be/spip.php?article566>.

29 FRANÇA, Adriano Chaves de; DAL BOSCO, Maria Goretti. *Territorialidade, políticas públicas e exclusão social em países da América Latina e o caso brasileiro*. In: CONGRESSO DE CULTURA E EDUCAÇÃO PARA INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA LATINA (CEPIAL), 3., 2012, Curitiba. *Anais...* Curitiba, 2012. p. 23.

brasileiro propiciam e favorecem a monocultura para exportação, mesmo cientes de suas problemáticas e riscos à sustentabilidade e biodiversidade, preferem ignorar os estudos científicos. Com o equilíbrio da natureza comprometido, o que não se pode olvidar são os riscos da sobrevivência humana e a qualidade de vida das sociedades. Afinal sem recursos naturais não é possível a existência de mercado de bens e muito menos a sobrevivência humana. As políticas de reforma agrária não têm apresentado os resultados esperados, seja pelo modelo destoar da realidade, seja por não oferecer condições necessárias de infraestrutura.

Referências

- ALTVATER, Elmar. *Existe um marxismo ecológico: a teoria marxista hoje, problemas e perspectivas*. Buenos Aires, CLACSO, 2006.
- BRASIL. *Lei 601, de 18 de setembro de 1850*. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.
- BRASIL. *Lei 4.504 de 30 de novembro de 1964*. Dispõe sobre o estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.
- BRASIL. *Lei 11.326 de 24 de julho de 2006*. Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11326.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.
- FERNANDES, Bernardo Mançano. *O MST e as reformas agrárias do Brasil*. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/osal/osal24/04mancano.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2013.
- FERNANDES, Bernardo Mançano. *Reforma agrária no governo Lula: a esperança*. Disponível em: <http://www2.fct.unesp.br/nera/publicacoes/LULA_RA.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2013.
- FRANÇA, Adriano Chaves de; DAL BOSCO, Maria Goretti. *Territorialidade, políticas públicas e exclusão social em países da América Latina e o caso brasileiro*. In: CONGRESSO DE CULTURA E EDUCAÇÃO PARA INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA LATINA (CEPIAL), 3., 2012, Curitiba. *Anais...* Curitiba, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Walter Porto. *Os (des) caminhos do meio ambiente*. São Paulo: Contexto, 2007.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (IBGE), *Censo Agropecuário de 2006*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=pb&tema=censoagro>>. Acesso em: 10 jul. 2013.
- MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Início*. Disponível em: <<http://portal.mda.gov.br/portal/>>. Acesso em: 15 jul. 2013>.
- POLET, François. *Triple défi environnemental pour l'agriculture familiale*. Centre Tricontinental (Belgique). Jan. 2010. Disponível em: <www.cetri.be>. Acesso em: 10 jul. 2013.
- REFORMA agrária agoniza. Desempenho vergonhoso do governo da Dilma. *Diárioliberalidade*. 2014. Disponível em: <<http://www.diarioliberalidade.org/brasil/institucional/39045-reforma-agr%C3%A1ria-agoniza-desempenho-vergonhoso-do-governo-dilma.html>>. Acesso em: 22 abr. 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. São Paulo: Record, 2001.
- SEN, Amartya. *Os ricos estão mais famintos*. *The New York Times*, New York, 01 jun. 2008.

SHIVA, Vandana. Biopirataria. *A pilhagem da natureza e do conhecimento*. Trad. Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis: Vozes, 2001.

SHIVA, Vandana. *Monoculturas da mente*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

TRICHES, Rozane Márcia; SCHNEIDER, Sérgio. *Alimentação escolar e agricultura familiar: reconectando o consumo à produção*. São Paulo: Saúde Sociedade, 2010.

ZACHARIE, Arnoud. *Ebullitions sociales et crises alimentaires*. Belgique: Centre tricontinental, 2010. Disponível em: <www.cetri.be>. Acesso em: 15 jul. 2013.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A construção de novas políticas sociais: o caso de Mato Grosso do Sul

The construction of new social policies: the case of Mato Grosso do Sul

Ricardo Luz Chagas Amorim

A construção de novas políticas sociais: o caso de Mato Grosso do Sul

The construction of new social policies: the case of Mato Grosso do Sul

Ricardo Luz Chagas Amorim*

Resumo

O Brasil possui uma história de “departamentalização” da intervenção governamental, especialmente na área social. Os estudos conhecidos falam de baixa eficácia e dificuldade no rompimento do ciclo da pobreza. Na década passada, porém, surgiram inovações que constituíram um esforço importante para reconfigurar o marco institucional das ações sociais públicas. O presente trabalho discute uma dessas experiências: o caso do sul-mato-grossense. Ali, um arranjo organizacional diferente criou um novo modelo que só permitia avançar os gastos sociais se houvesse um plano de integração entre projetos. Ao longo do texto, são apresentadas as principais inovações implantadas nesse estado no início dos anos 2000 e, ao final, procura-se avaliar os impactos desse novo modelo de gestão de políticas sociais. Conclui-se que, apesar do avanço representado pela experiência, os resultados mostraram-se aquém do esperado.

Palavras-chave: Políticas sociais. Verticalização. Exclusão social. Coordenação e gestão.

Abstract

Brazil has a history of “departmentalization” of government intervention, especially in the social area. Studies acquaintances speak of low efficiency and difficulty in breaking the cycle of poverty. In the past decade, however, there were innovations which constituted a important effort to reconfigure the institutional framework of the social public actions. This paper discusses one of that experiences: the Mato Grosso do Sul. There, a different organizational arrangement created a new model that allowed advance social spending only if there was a plan of integration among projects. The text presents the key innovations implemented in the state in the early 2000s and, finally, attempts to assess the impacts of this new management model of social policies. The conclusion shows that, despite the progress represented by the experience, the results proved to be less than expected.

Keywords: Social policies. Vertical integration. Social exclusion. Coordination and Management

1 Introdução

O Brasil, ao longo do século passado, construiu um padrão de políticas públicas marcado pela setorialização e departamentalização da intervenção

Recebido em 11/01/2014

Aprovado em 23/02/2014

* Ricardo Luiz Chagas Amorim é doutor em desenvolvimento econômico. Foi pesquisador do IPEA e diretor do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS). Atualmente é analista econômico da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI).

governamental, especialmente na área social. Seus resultados eram conhecidos em termos da baixa eficácia e, sobretudo, da dificuldade de romper com o ciclo estrutural da pobreza. Mais recentemente, porém, marcadamente após a Constituição de 1988, percebeu-se o fortalecimento da preocupação social e uma renovação dessas políticas nas três esferas de governo. Foi, por exemplo, nos anos 1990, que ganharam importância os programas federais de transferência de renda e a aplicação de vários direitos cancelados pela Constituição de 1988. Os resultados promissores destes programas chegaram aos anos 2000 constituindo a face mais visível dos esforços do Governo Federal em favor da redução da pobreza extrema e da redução da desigualdade social brasileira.

Todavia, foi ainda no final dos anos 1990, com as dificuldades geradas pelas políticas econômicas de corte neoliberal e com as transformações da relação entre Estado e sociedade, que se observou interessantes reações de governos municipais e estaduais, no sentido de contornar a falta de recursos e reconfigurar o marco institucional das políticas públicas na área social.

Uma experiência bastante interessante aconteceu no estado de Mato Grosso do Sul. Ali, um arranjo institucional inovador, somado à priorização da integração das ações do governo, criaram um modo de agir do poder executivo estadual que só permitia avançar gastos em habitação, educação e seguridade social desde que houvesse, antecipadamente, um plano de integração entre os diferentes programas e órgãos da área social do estado.

Este estudo discute exatamente essa experiência sul-mato-grossense, destacando as principais inovações implantadas nesse estado no início dos anos 2000. Para tanto, o artigo está dividido em seis seções além desta introdução. Inicialmente, discute-se a problemática e o conceito de exclusão social, foco da atuação das políticas sociais. Em seguida, é apresentado o projeto, o conjunto das ações inovadoras implantadas pelo governo estadual. A seção três faz uma análise pormenorizada de um dos principais avanços levados a cabo nesse estado: o Conselho de Gestão das Políticas Públicas. Na quarta seção, apresenta-se a forma encontrada pelo poder executivo sul-mato-grossense para garantir legalmente os recursos financeiros necessários ao andamento das ações. Na penúltima seção, são analisados alguns números da problemática social sul-mato-grossense, tentando avaliar o impacto das inovações vividas nesse estado. Por fim, são realizados alguns comentários sobre a importância do aprendizado representado pela experiência de Mato Grosso do Sul.

Assim, para começar a discussão, é preciso esclarecer sobre qual problemática atuam as políticas em foco. Ou seja, é preciso esclarecer o que se entende aqui por *exclusão social*.

2 Exclusão social

É automática a associação do vocábulo “exclusão” à noção de desigualdade. Não há como pensar em grupos carentes de direitos considerados básicos sem que se tenha em mente um comparativo, cujo acesso a esses direitos seja pleno. A desigualdade de renda, de oportunidade ao trabalho, de acesso à saúde, à justiça, à escola, à cultura, ao lazer, à segurança, à escolha e à cidadania política constitui, cada uma delas, faces de uma única questão abrangente que, quando estudada em conjunto e focada sobre os que estão despojados desses direitos costuma chamar-se de exclusão social¹.

A questão se coloca, portanto, em patamar diferente do habitual: a exclusão social que realmente importa não se refere ao indivíduo, suas opções ou fraquezas naturais, e, sim, a grupos e as diferentes formas históricas encontradas pelos povos para construir suas sociedades. Tais formas não foram, obviamente, consensuadas. Por vezes, sequer alcançadas pacificamente. Travaram-se lutas políticas entre indivíduos, grupos e classes, verteram-se rios de sangue, traiu-se e cooptou-se quantas vezes se pode o interesse do oponente.

1 POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo L. C. (Org.). *Atlas da exclusão social no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2002.

Por exemplo, se a agricultura e a metalurgia foram para Rosseau², no *Discurso sobre a desigualdade entre os homens*, ao assentar a propriedade privada, as molas que engendraram na sociedade uma desigualdade crescente, é pouco provável, no entanto, como diz o próprio filósofo, que isso se fizesse sem o estabelecimento de leis e costumes capazes de legitimar a posse privada e, desse modo, excludente. Foi necessário, então, que se instituisse Estados capazes de regular as relações entre homens, grupos e classes, não só do ponto de vista da manutenção da propriedade, mas também das relações de produção que se estabeleceram a partir dela.

No Brasil, as diversas formas de desigualdade sempre foram tão gritantes que o país só parece inteligível por meio de dualidades. O desconcerto entre a pobreza contemporânea, numerosa e bárbara, e a imagem de uma nação que se quer cosmopolita e moderna, revela o quanto a sociedade brasileira ainda está distante de vencer a exclusão. Por conta disso, houve um esgarçamento tal do tecido social, marcadamente devido à desigualdade, que alguns se perguntaram se já não se havia ultrapassado as fronteiras da vida civilizada³.

Mas por que há tantos pobres no país? No passado, pensadores latino-americanos, ligados à CEPAL, tentaram responder a essa questão fundamental. Para eles, a forma como se organizou a produção na América Latina, após a colonização, levou à constituição de estruturas produtivas voltadas à exportação de produtos primários que não tinham como crescer a taxas necessárias para absorver a enorme parcela da população que vegetava no setor de subsistência.

Por essa via, mesmo os trabalhadores do setor exportador (moderno) viam seus salários constantemente pressionados pela mão-de-obra desejosa de emigrar do setor tradicional para o moderno. Desse modo, para os cepalinos clássicos, aos países latino-americanos restava como única alternativa a industrialização. Somente ela seria capaz de, alterando a estrutura econômica, vencer os limites impostos pelo modelo primário exportador⁴.

O fato de alguns países da região alcançarem significativo grau de industrialização sem, contudo, resolver os problemas da desigualdade e da pobreza, levou a própria CEPAL a criticar e repensar suas hipóteses. Todavia, apesar do rigor e relevância da análise desses pensadores, alguns exemplos históricos levam Oliveira e Henrique a afirmar que:

“[...] não se pode analisar a questão da pobreza simplesmente considerando-se a especificidade da estrutura econômica. Na verdade, os processos políticos, a maior ou menor presença dos interesses das camadas subalternas na atuação do Estado, constituem momentos necessários na análise dos determinantes da pobreza.”⁵

Assim, não se pode considerar que a expressiva presença de pobres no Brasil seja causada tão-somente por um suposto baixo grau de desenvolvimento econômico. Basta lembrar que o país, especialmente, apresentou grande crescimento econômico no pós-guerra, o que o habilitaria a obter melhora generalizada no padrão de vida de sua população. No entanto, o que se vê, confirmado no estudo *Atlas da Exclusão Social no Brasil*, é que, de maneira geral, além de a pobreza continuar a ser muito grande no Brasil, ainda concentra-se em determinadas regiões e nas grandes cidades⁶.

Quais seriam, então, as causas? Segundo Oliveira e Henrique, durante o período de expansão econômica, entre 1930 e 1980 – industrialização com forte urbanização –, três seriam os eixos

2 ROUSSEAU, J. J. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os Homens*. São Paulo: Abril, 1973.

3 TELLES, Vera. *Direitos sociais (afinal do que se trata?)*. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

4 Para uma discussão sobre a CEPAL, ver RODRÍGUEZ, Octavio. *O Estruturalismo Latino-Americano*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

5 OLIVEIRA, Carlos; HENRIQUE, Wilnes. Determinantes da Pobreza no Brasil: um roteiro de estudo. *São Paulo em Perspectiva*, v.4, n.2, abr./jun. 1990. p. 7.

6 POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo L. C. (Org.). *Atlas da exclusão social no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2002.

explicativos: a manutenção de uma estrutura agrária dominada pela grande propriedade, a fraqueza dos trabalhadores e de suas organizações no mercado de trabalho e, por fim, a cultura *clientelista* das políticas sociais implementadas no Brasil⁷.

Na agricultura, se houve importante crescimento da produção e da produtividade, não se superou a concentração da propriedade da terra, impedindo a democratização da posse no campo. Isso, somado às barreiras, à criação de sindicatos de trabalhadores rurais, à superexploração da mão-de-obra e à ausência de políticas sociais levaram a baixos padrões de vida da população rural. Como resultado, observou-se no Brasil um êxodo em direção às grandes cidades sem paralelo na história, capaz de, em poucas décadas, inverter a participação do meio urbano na população brasileira⁸.

As massas que a partir de então se acumularam nas cidades não poderiam, apesar do forte crescimento industrial, ser absorvidas no mercado formal de trabalho. Logo, esse contingente populacional passou a viver na informalidade e suas atividades precárias abocanhavam parcela pequena da renda gerada pelo setor moderno em expansão.

Todavia, se essa massa exerceu alguma pressão sobre os salários urbanos de base, talvez mais importante tenha sido a impossibilidade de os ganhos do trabalho no Brasil acompanharem o crescimento da produtividade, mesmo no setor moderno. A repressão aos movimentos organizados dos trabalhadores no país vem de longa data e continuou recentemente até pelo menos o fim da ditadura militar. Nesse último período, não só se viu a punição dos que ousavam reivindicar, mas também a instituição de uma política salarial com viés claro no sentido do arrocho na renda dos que vivem da venda de suas horas de trabalho. Com tudo isso, as grandes cidades passaram, crescentemente, a concentrar a pobreza do país⁹.

Por outro lado, as políticas sociais que poderiam esmaecer à gritante desigualdade de renda não foram adequadas. Ainda sob a ótica de Oliveira e Henrique¹⁰, antes de 1964, o Estado brasileiro pouco fez nessa área. A partir daí, atuou de forma não compensatória, pois financiou várias políticas por meio das contribuições sociais pagas pelos próprios trabalhadores e, mais ainda, limitou o uso dos recursos, pois parte importante deles foi encaminhada para estimular o crescimento econômico¹¹.

Em resumo, o Brasil manteve, durante o ciclo de expansão econômica de 1930/1980, uma situação social escandalosa e isso pouco tem a ver com os indicadores de sempre: baixo nível de escolaridade, analfabetismo, famílias numerosas, migração, etc. Essas características clássicas da pobreza são, na verdade, sintomas, conseqüências da ausência de reformas no campo, da ação do Estado e da fraqueza dos movimentos trabalhistas. Ou seja, o país evitou fazer as reformas devidas do capitalismo contemporâneo (agrária, social e tributária), empurrando a solução dos conflitos para saída do crescimento econômico.

Para piorar o quadro, no período posterior a 1980, o Brasil afastou-se do crescimento econômico, agravando os problemas sociais e, sobretudo, criando o que parecia ser uma nova exclusão. Em outras

7 OLIVEIRA, Carlos; HENRIQUE, Wilnes. Determinantes da Pobreza no Brasil: um roteiro de estudo. *São Paulo em Perspectiva*, v.4, n.2, abr./jun. 1990.

8 Bastaram quatro décadas para isso acontecer. Ver OLIVEIRA, Carlos e HENRIQUE, Wilnes. Determinantes da Pobreza no Brasil: um roteiro de estudo. *São Paulo em Perspectiva*, v.4, n.2, abr./jun. 1990.

9 É importante ter claro que esse período, apesar dos problemas discutidos, também foi marcado por significativa mobilidade social ascendente. Tanto dos trabalhadores que se tornaram empregados nas empresas do setor moderno como daqueles ocupados nas empresas que surgiram da acelerada dinâmica econômica desses anos.

10 OLIVEIRA, Carlos; HENRIQUE, Wilnes. Determinantes da Pobreza no Brasil: um roteiro de estudo. *São Paulo em Perspectiva*, v.4, n.2, abr./jun. 1990.

11 Tudo isso sem contar a lógica dos interesses privados envolvidos: fornecedores de insumos, empreiteiros, agentes financeiros, etc. Ver OLIVEIRA, Carlos; HENRIQUE, Wilnes. Determinantes da Pobreza no Brasil: um roteiro de estudo. *São Paulo em Perspectiva*, v.4, n.2, abr./jun. 1990. É fundamental ainda ter em mente que pouca foi a participação da população na construção das políticas sociais levadas a cabo no país. Esta realidade é capaz de explicar boa parte da fragilidade das políticas sociais brasileiras. Ver CARVALHO, José M. *A Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

palavras, as políticas de corte neoliberal implantadas nos anos 1990¹², ao impactarem fortemente a economia do país, geraram um novo contingente de excluídos, mas de perfil diferente do tradicional. Se antes a população excluída geralmente possuía baixa escolaridade, vinha de famílias numerosas, era migrante e tinha ocupação mal remunerada, a partir da segunda metade dos 1990 até o início dos 2000, o novo grupo que caminhava a passos largos para a exclusão era composto por pessoas alfabetizadas, com alguma escolaridade, vindos de famílias pequenas, já cidadãs urbanas, mas, e aqui a diferença, desempregadas¹³. Em outras palavras, sem vencer a antiga forma de exclusão social, agregou-se, naqueles anos, devido à quase ausência de crescimento econômico, uma nova leva de pessoas sem acesso a direitos sociais básicos, principalmente uma ocupação digna e segurança.

O resultado, então observado, indica que a lógica política perpassa necessariamente as possibilidades de enfrentamento da pobreza. Logo, para vencer essa cruel realidade é necessário que os trabalhadores e os mais carentes consigam representar seus interesses no debate e nos rumos do país. Quando isso ocorre, chega-se ao patamar de possibilidades necessárias para o decisivo avanço nas políticas públicas, marcadamente as sociais.

3 As dificuldades dos anos 1990 e a nova política social sul-mato-grossenses

As mudanças econômicas apenas aludidas anteriormente são, em grande medida, parte de um amplo processo de transformação por que passou a sociedade brasileira nas décadas de 1980 e 1990. Dentro dessas mudanças, o Estado surgiu mais uma vez no centro das atenções, pois foi sobre ele que se fizeram grande parte dos ajustes marcadamente a partir dos anos 1990.

Tais mudanças refletiram, além da crise iniciada nos anos 1980, uma pressão internacional em favor de uma reestruturação das relações entre Estado e sociedade na América Latina, cujo teor começa a se desenhar durante a crise do Estado Keynesiano¹⁴. A partir de então, no Brasil, a intervenção do Estado na economia e sua atuação em larga escala foram cada vez mais associados, pelos conservadores, como as causas dos problemas de baixo crescimento e aceleração dos preços que conduziram à crescente insatisfação social. Ao mesmo tempo, era claro, aos progressistas, que o importantíssimo crescimento econômico conseguido pelo Brasil desde 1930 tinha sido, por outro lado, francamente excludente e concentrador, deixando parcela significativa da população fora dos frutos do progresso produtivo do país¹⁵.

Assim, quando as políticas neoliberais da década de 1990 empreenderam o desmonte daquele Estado, poucas foram as vozes de protesto. Em termos específicos, porém, as reformas levadas a cabo naqueles anos não conduziram a ganhos significativos de eficiência e eficácia na atuação do Estado sobre a pobreza e a desigualdade do país.

Pode-se mesmo dizer que o problema foi apenas mudado de lugar. Se antes o Estado fora acusado de gigantismo, agora, a perigosa — porque vaga — ideia de “Estado necessário” reduzia o papel deste na economia e transformava sua atuação sobre os problemas sociais em todas as esferas de governo. Em outras palavras, sob o argumento do equilíbrio das contas públicas, bradava-se a fim de impedir que ações de maior envergadura se realizassem. Por isso mesmo, naquele momento, a Constituição de 1988 foi a maior defesa contra o desmonte da proteção social, obrigando os governos a gastar percentuais de arrecadação em áreas específicas como educação e saúde¹⁶.

12 FILGUEIRAS, Luiz. *História do Plano Real: fundamentos, impactos e contradições*. São Paulo: Boitempo, 2000.

13 POCHMANN, Marcio. (Org.). *Desenvolvimento, trabalho e solidariedade*. São Paulo: Cortez e Fund. Perseu Abramo, 2002.

14 FREEMAN, Chris; LOUÇÃ, Francisco. *As Time Goes By*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

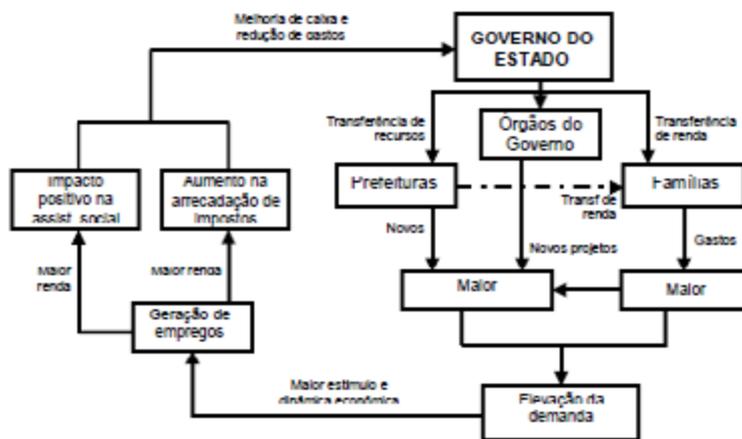
15 FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Paz e Terra, 1974.

16 AMORIM, Ricardo L. C. CF/88: economia e sociedade no Brasil. In: CARDOSO JUNIOR, José Celso. (Org.). *A Constituição Federal de 1988 Revisitada*. Brasília: Ipea, 2009.p. 9-33. v. 1.

É preciso, inclusive, desmistificar um lugar comum no debate sobre os programas sociais, voltados aos mais pobres. A época era banal encontrar quem associasse os gastos sociais com despesas inevitáveis e moralmente defensáveis, mas que pesavam sobre o erário. Essa preocupação conduzia ao perigoso caminho da focalização dos programas de inclusão social que buscava, diziam seus defensores, aumentar a eficiência do dinheiro público empregado e a melhor atenção aos grupos mais vulneráveis da população. Não obstante, longe de defender os mais pobres, essa posição tendia a criar um descompromisso dos setores mais organizados da sociedade para com o destino dos menos abastados. Por quê? Primeiro, na visão simplista, bastaria oferecer uma cesta básica e mais alguns acessos à saúde para que os mais pobres fossem plenamente atendidos. Segundo, pelo motivo de, em momento algum, o discurso da focalização falar em oportunizar condições para que os homens e mulheres se tornassem cidadãos plenos de direitos e deveres, capazes de influir sobre o andamento e escolhas da sociedade. Terceiro, porquanto, ao desacreditar as políticas de caráter universal e afastar os grupos mais ricos do serviço público, surge o risco de lentamente sucatear os já escassos equipamentos públicos, afinal os setores sociais mais organizados se desinteressariam por sua manutenção.

Mas não é só isso. Os gastos dos programas de transferência de renda, revelaram-se, na verdade, bons investimentos sociais, com retornos interessantes inclusive aos cofres públicos. A figura 1, a seguir, demonstra essa lógica. Nela está descrito o fluxo dos recursos empregados em distribuição de fundos.

Figura 1 – Fluxo de recursos empregados em programas de transferência de renda



Fonte: Elaboração própria.

Dentro desse quadro, não deveria caber aos governos de qualquer esfera propor ou implantar políticas focalizadas de ação social. Entretanto, a estratégia liberalizante que guiava os discursos e muitas ações do Brasil da época, somado à crença em favor da focalização, longe da eficiência pretendida, lograram, na verdade, criar tanto um vácuo de projetos produtivo-econômicos como uma ausência de políticas sociais capazes de dar direção às ações do governo e evitar o “bater de cabeças” entre as diferentes áreas da administração pública. De outro modo, sem uma direção clara ou metas de longo prazo, principalmente na área social, o que se viu foram programas implementados por áreas diferentes, mas que atacavam os mesmos problemas, gerando sobreposição e desperdício de dinheiro público¹⁷.

Tudo isso sem contar com a fórmula de continuidade na implantação de programas que se caracterizavam pela verticalização das decisões e, dada a departamentalização de cada plano, pela pequena amplitude

17 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Departamento de Prospecção para a Inclusão Produtiva. *Acelerar a Inclusão Produtiva*. Brasília: MDS, 2010. (Mimeo)

de objetivos buscados¹⁸. Os resultados não poderiam ser outros: a tradicional ineficácia na solução dos problemas, ineficiência nos gastos, disputas políticas pessoais e assistencialismo.

As dificuldades crescem ainda mais quando se analisa o quadro econômico das unidades da federação. No caso específico do Mato Grosso do Sul, e mesmo na maioria dos estados, havia o grave problema da transferência de recursos em direção à União devido ao pagamento de dívidas contraídas despreocupadamente no passado. Naquele estado, essa transferência esvaziava os cofres públicos sem contrapartida pelo esforço fiscal realizado pelo seu governo que vinha apresentando superávits primários há alguns anos¹⁹. Para piorar, no final de 1998, próximo a posse do novo governador, os servidores do poder executivo estadual sofreram um atraso salarial de quatro meses e o repasse de recursos aos demais poderes também não estava em dia. Naturalmente, o dinheiro que sobrava para ser investido era pouco diante das enormes demandas sociais ou, em outras palavras, estava estabelecido o conflito entre a emergência e os projetos de maior prazo.

Dentro desse quadro caótico, agravado por um processo de forte crescimento do desemprego urbano e fechamento de indústrias, as políticas sociais estaduais seguiam a tradição do país: eram verticalizadas e não coordenadas entre si²⁰. Havia, portanto, necessidade de inovação em termos de construção de políticas sociais a fim de contornar as dificuldades econômicas do estado. Foi naquele contexto, que o governo de Mato Grosso do Sul realizou, apesar das emergências encontradas e das dificuldades macroeconômicas, importantes mudanças na construção e na forma de gestão das políticas sociais²¹. Para começar, a urgência dos problemas e as dificuldades de orçamento deixavam claro que uma nova postura era necessária, caso houvesse a intenção de enfrentar os problemas sociais do estado.

De qualquer modo, fosse qual fosse a decisão, os gastos na área social não poderiam parar e significavam um volume importante de recursos aplicados pelo governo sul-mato-grossense. Já não era novidade, no entanto, que, como em todo país, as políticas sociais, locais ou não, eram verticalizadas, atacando, por meio de diferentes órgãos e ações, questões similares e, às vezes, até o mesmo problema. As áreas sem atenção, as sobreposições de ações e, principalmente, a ineficácia e timidez dos resultados eram evidentes. A ausência de planejamento e descoordenação entre equipes, programas, ações e gastos já havia ficado clara e a necessidade de superar tal situação era premente. A pergunta era: como fazê-lo?

A primeira e evidente resposta foi afastar a fragmentação presente nas políticas sociais do estado e, portanto, buscar articulação dos projetos, programas e ações já implantados e em construção. Mais precisamente, no âmbito das políticas sociais, era necessário absorver e aproveitar os impactos das ações e despesas do poder executivo, até então dispersos, articulando-os para que o resultado colaborasse sinergicamente para o enfrentamento dos problemas sociais. Em uma palavra: coordenação.

Para tanto, era necessário realizar a matricialidade das ações de enfrentamento da exclusão social, usando, para isso, prioridades bem estabelecidas em favor de um processo de superação da pobreza por meio de estruturas mais integradas e capazes de realizar mais com menos recursos. Mas continuava a pergunta: como fazer isso?

A resposta em favor da matricialidade e da integração foram buscadas por meio da construção de um *Programa Integrado de Inclusão Social* (PIS). Por meio deste instrumento criou-se a possibilidade real de integrar as normalmente verticalizadas políticas setoriais e desfragmentar o combate à exclusão tratando

18 ARANHA, Adriana V. (Org.). *Fome Zero: uma história brasileira*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2010. v. 2.

19 BLANES, Denise et al. *Inclusão social: uma utopia possível*. São Paulo: Cortez, 2006.

20 As percepções e afirmações que orientam os próximos três parágrafos são fruto das conversas e entrevistas realizadas com membros do corpo técnico do Governo do Estado do Mato Grosso do Sul durante o trabalho de pesquisa realizado em 2005/2006 Ver BLANES, D. et al. *Inclusão social: uma utopia possível*. São Paulo: Cortez, 2006.

21 Para questões econômicas, ver AMORIM, Ricardo L. C. As diferentes dinâmicas regionais dentro da economia brasileira: o caso do Mato Grosso do Sul. *Revista de Economia Mackenzie*, São Paulo, v. 6, p. 113-148, 2008.

o problema como uma totalidade. O discurso era claro: as ações do estado sobre as populações mais carentes não poderiam mais restringir-se apenas à transferência direta de renda e, sim, estar integradas na ampliação da cidadania desses grupos²². Desta forma, ficou claro que a transferência de renda deveria estar obrigatoriamente vinculada a programas de geração de renda e emprego, inclusive, de microcrédito²³. Além disso, era preciso estimular os grupos atingidos por essas políticas para que conquistassem a crença em seus direitos e na sua participação social, isto é, na sua integração política. Tal confluência de esforços é a essência da matricialidade das políticas sociais públicas implementadas no Mato Grosso do Sul e em outros poucos lugares do país²⁴.

A questão territorial aparece como outra importante característica, que associada à matricialidade ganha contornos inovadores também. O motivo está na possibilidade de criação de ações especiais direcionadas para áreas determinadas onde é possível somar políticas sociais de caráter universal e programas limitados àquela região.

A questão de gênero é outro recorte importante. Em Mato Grosso do Sul, o PIS colocou as mulheres como as principais responsáveis pelo lar e pelos filhos e, assim, salientou a necessidade de atendê-las prioritariamente dentro dos programas (moradia, saúde, transferência de renda, etc.). Foi uma atenção relevante e inovadora, pois, naqueles anos, percebeu-se o crescimento da pobreza feminina, inclusive, como chefe de família, no total de pobres do país.

Tratou-se, portanto, de uma estratégia de gestão desafiadora. A cultura de políticas sociais setorializadas e verticalizadas, tão arraigada à ação do Estado brasileiro e piorada pela ausência de planejamento e metas, tornou a ideia de matricialidade e integração objetivos só alcançáveis mediante o empenho das equipes encarregadas, o compromisso de participação das diferentes áreas envolvidas e, talvez mais importante de tudo, o *empenho efetivo* do mandatário do executivo e de seus escalões imediatos.

No caso específico de Mato Grosso do Sul, foi preciso reunir as mais diferentes secretarias e órgãos da administração, discutir sobre as questões enfrentadas parcialmente por cada um deles e entrar em consenso sobre a forma de atuação, prioridade e (por que não?) a distribuição do mérito²⁵. Para tanto, a vontade do governador foi condição necessária. O empenho do mandatário e a criação de canais que permitissem recorrentes encontros e o fluir das decisões do grupo de secretários foi fundamental para o progresso da matricialidade na administração das ações públicas.

Quando esses canais foram criados e, no caso, o governador comprometeu-se fortemente com a ideia, o dia a dia da construção de políticas integradas de ação conjunta sobre a exclusão social tornou-se cada vez mais rotineiro e menos difícil, embora, obviamente, nunca tenha sido realmente fácil²⁶. Tratava-se da criação de uma nova cultura dentro da máquina pública, marcadamente nos altos escalões, e novos processos demoram algum tempo para serem assimilados até tornarem-se norma/rotina.

22 CONSELHO DE GESTÃO ESTADUAL DE POLÍTICAS SOCIAIS (COGEPS). *Fundo de Investimentos Sociais: combatendo a pobreza e promovendo a inclusão social*. Campo Grande: Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, 2002. (Manual de Orientação).

23 Entende-se por *projeto social* a aplicação de recursos em uma ação ou atividade que pretende transformar uma parcela da realidade, solucionando ou minorando um problema social específico. Por *programa social* depreende-se o conjunto de projetos sociais que atendem a população e perseguem objetivos comuns. Estes também são chamados de políticas setoriais por se concentrarem em áreas específicas da carência social, tais como saúde, educação, moradia, etc. O conjunto dos programas sociais forma a *política social*. Esta visa elevar a qualidade de vida da população em geral, ou seja, trata-se da estratégia adotada pelo poder público para atuar no enfrentamento dos problemas sociais em suas diferentes formas e setores. Ver CONSELHO DE GESTÃO ESTADUAL DE POLÍTICAS SOCIAIS (COGEPS). *Fundo de Investimentos Sociais: combatendo a pobreza e promovendo a inclusão social*. Campo Grande: Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, 2002. (Manual de Orientação).

24 Os exemplos mais famosos desse tipo de política social parecem ser os bastante estudados casos das prefeituras dos municípios de Santo André, São Paulo e, mais recentemente, Osasco.

25 É espinhoso o tema da distribuição do mérito sobre o sucesso de políticas dentro de um governo. Quando o assunto são políticas sociais, o problema fica ainda maior, pois além do prestígio, pode envolver interesses políticos pessoais de cada um dos participantes do poder executivo.

26 BLANES, Denise et al. *Inclusão social: uma utopia possível*. São Paulo: Cortez, 2006.

Estava claro, no entanto, que para isso acontecer era preciso que existisse um caminho, um próximo passo, um plano, um “como chegar lá”? Foi na solução dessa questão que talvez o estado de Mato Grosso do Sul tenha inovado de maneira mais profunda: criou um conselho de alto nível, com assento de todos os secretários mais o Procurador-Geral do estado, para decidirem, juntos, a ação integrada de suas políticas e equipes. Mais, e, muito importante, o colegiado estava ligado diretamente ao Gabinete do Governador. Trata-se do *Conselho de Gestão Estadual de Políticas Sociais* (COGEPS).

O esforço, continuamente retrabalhado, de integração promovido pelo COGEPS resultou, por exemplo, na formalização do *Programa Integrado de Inclusão Social*, documento que instruiu o COGEPS e demais órgãos ligados à questão da inclusão sobre as diretrizes que deveria seguir as ações do governo do estado nessa área a partir de então.

4 COGEPS e a gestão matricial das políticas sociais

A gestão matricial de políticas públicas, embora considerada uma meta positiva, é difícil de ser executada e, talvez, por isso, ainda pouco comum aos governos do país. De maneira geral, a cultura da política pública sustenta-se na especialização e no domínio sobre determinados nichos da atuação do Estado que só recentemente foram questionados.

Em tal ambiente, a experiência inovadora na gestão de políticas sociais introduzida pelo governo do estado de Mato Grosso do Sul, entre 1999 e 2006, deve ser observada com atenção. Na verdade, essa gestão não se sustentou em apenas um ato de inovação, mas, sim, em uma série de medidas originais que impactaram o dia-a-dia da administração pública, o encaminhamento de políticas e o atendimento das demandas da sociedade.

Dentro desse conjunto, o elo mais importante em torno do qual circularam as diferentes medidas foi a criação do Conselho de Gestão Estadual de Políticas Públicas (COGEPS)²⁷. Ali, já no decreto que o instituiu, justificou-se o papel intencionalmente inovador do órgão, ante uma realidade social adversa e agravada por políticas nacionais de corte neoliberal impostas durante os anos 1990. Nele, o executivo estadual afirmou:

Considerando a necessidade de o Governo do Estado desenvolver um Programa Integrado de Inclusão Social, para enfrentar os graves e complexos problemas sociais causados pelo desemprego, pela iníqua distribuição de renda, agravados pelos descertos da política econômica neoliberal e pela histórica desarticulação dos programas sociais; Considerando que as políticas sociais devem articular-se no esforço global das políticas públicas, visando a elevar o patamar de qualidade de vida e dos índices de inclusão social, econômica, cultural e política da população em situação de pobreza.²⁸

Em síntese, observava-se que perante os graves e históricos problemas do país, somados aos recentemente criados, o governo do estado anteviu a necessidade de criar uma política de inclusão social e que esta, dado o tamanho dos problemas e o entrelaçamento das carências dos mais pobres, deveria ser integrada tanto no intuito de atender os cidadãos em suas diferentes, mas convergentes, privações, quanto no sentido de tornar mais eficaz e eficiente o combate a essa aberta ferida brasileira.

Para tanto, na mesma seção do Decreto 9.825, fica explícita a intencionalidade de gerir tais políticas matricialmente e, portanto, de maneira inovadora. Diz o decreto mais à frente:

Considerando, finalmente, a necessidade de se constituir um órgão colegiado para propor, coordenar e acompanhar a implementação das políticas sociais, inserido num novo modelo de gestão democrática e participativa, apoiado nos princípios da universalidade, racionalidade e complementaridade.²⁹

27 Criado pelo Decreto Estadual 9.825, de 25 de fevereiro de 2000 (D.O. 5.212, de 28/02/2000). A legislação que trata do COGEPS foi posteriormente modernizada e sofreu pequenas alterações.

28 Governo do Estado do Mato Grosso do Sul. Decreto n.º 9.825 de 25/02/2000.

29 Governo do Estado de Mato Grosso do Sul. Decreto n.º 9.825 de 25/02/2000.

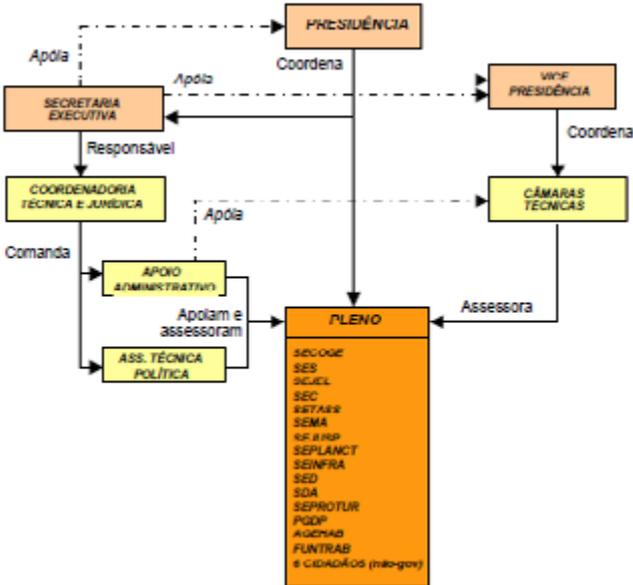
Portanto, não era outra a finalidade máxima do órgão que a articulação e integração das diferentes políticas sociais implementadas pelos diversos órgãos do governo estadual e a busca de sinergias entre as diferentes esferas de governo a fim de alcançar um patamar melhorado de atendimento, marcadamente ao cidadão carente.

A partir dessa missão, estabeleceram-se as funções para que o COGEPS cumprisse sua finalidade. Em resumo, destaca-se as cinco principais: a) articular de forma crescente as políticas sociais, inclusive ações intersetoriais e mesmo intergovernamentais, privilegiando o atendimento das necessidades sociais sobre o retorno econômico; b) definir e aprovar o PIS sul-mato-grossense, a partir das ações dos diversos setores do governo; c) apoiar a captação de recursos junto ao governo federal, organizações nacionais e internacionais; d) fomentar pesquisas que permitam melhor conhecer a exclusão social no estado, assim como possíveis alternativas de combate ao problema; e) avaliar as políticas e seus impactos no combate à exclusão social.

Para cumprir essas funções, o COGEPS era composto por 18 membros, sendo 11 secretários estaduais e o procurador-geral da defensoria pública³⁰. Ou seja, nomes pertencentes ao primeiro escalão do governo do estadual e isso não era sem razão: tratava-se de gerar o comprometimento a partir dos centros de decisão mais importantes do poder executivo do Mato Grosso do Sul com a difícil tarefa de dessetorializar e desverticalizar as políticas públicas de impacto social. Os outros seis membros eram cidadãos sem vínculo com o executivo e nomeados pelo governador a partir de sua notória atuação no campo da inclusão social. O objetivo declarado era, naturalmente, elevar a participação direta da sociedade no debate, priorização e escolha das ações do estado sobre o tema.

O COGEPS possuía uma estrutura técnico-administrativa funcional e que foi melhorada desde a sua criação (Figura 2). Em 2006, o conselho compunha-se da Presidência, Vice-Presidência, Pleno, Secretaria-Executiva e Câmaras Técnicas. A Secretaria Executiva tinha sob sua responsabilidade a Coordenadoria Técnica e Jurídica que, por sua vez, comandava Assessoria Técnica-Política e o Apoio Administrativo.

Figura 2 – Estrutura e funcionamento do COGEPS



Fonte: Elaboração própria a partir do Regimento Interno.

30 São eles: Secretários de Estado de Coordenação-Geral do Governo, de Saúde, de Cultura, Esporte e Lazer, de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária, de Meio Ambiente, de Justiça e Segurança Pública, de Planejamento e de Ciência e Tecnologia, de Infraestrutura e Habitação, de Educação, de Desenvolvimento Agrário, da Produção e do Turismo e, o já citado, Procurador-Geral da Defensoria Pública.

No caso da Presidência, que era uma escolha e nomeação do governador dentre os membros do conselho, a sua função básica referia-se a coordenação dos trabalhos do COGEPS, fazer cumprir suas deliberações e representar o chefe do executivo. Do mesmo modo, a Vice-Presidência também era uma escolha a cargo do governador e sua função básica implicava em coordenar as Câmaras Técnicas e substituir o presidente nas ocasiões que se fizesse necessário.

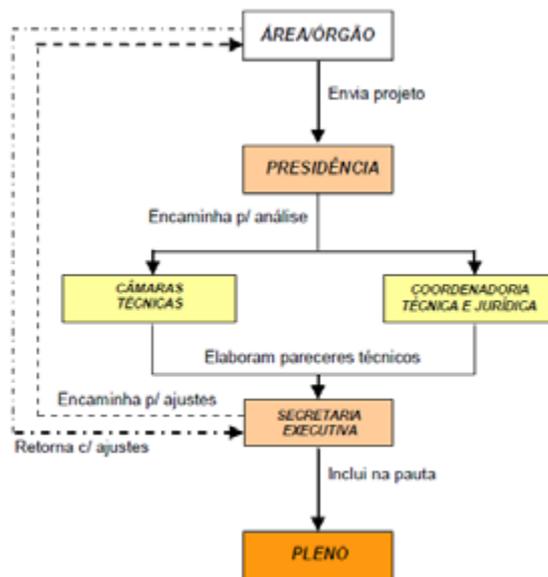
A Secretaria-Executiva era o último cargo nomeado pelo governador e sua atuação era fundamental para o bom andamento dos trabalhos. Cabia a ela apoiar e assessorar as Câmaras Técnicas, criar e manter um banco de dados dos projetos e programas ligados ao COGEPS, secretariar o conselho em sua rotina e dar encaminhamento às decisões.

As Câmaras Técnicas eram formadas por técnicos pertencentes aos órgãos que integravam o colegiado ou Pleno, acumulando funções. Tratava-se, portanto, de um setor de assessoramento, sem voto ou poder de decisão. Seu papel envolvia a difícil tarefa de elaborar o PIS, articulando as políticas e as ações do governo de acordo com a missão do COGEPS. Também estava sob sua responsabilidade o acompanhamento e a avaliação de implantação e de resultados dos programas.

Por fim, o órgão mais importante do conselho era o Pleno. Nele reuniam-se, uma vez por mês, todas as autoridades citadas anteriormente para debater e deliberar acerca de projetos, aprovar a aplicação de recursos, discutir e avaliar o andamento das ações e políticas e, finalmente, aprovar o Programa Integrado de Inclusão Social.

Esse conjunto funcionava de maneira muito interessante e a Figura 3 ajuda a esclarecer seu papel central. O COGEPS, como já foi dito, era o órgão que centralizava e definia a política social do estado de Mato Grosso do Sul. **Era a partir dele e de suas decisões que os projetos, programas e gastos sociais tinham autorização e recursos para acontecerem.** Para tanto, todo órgão do governo ou mesmo os membros e técnicos do conselho podiam encaminhar propostas e sugestões para compor a construção da atuação social do poder executivo.

Figura 3 – Fluxo dos projetos dentro do COGEPS



Fonte: Elaboração própria a partir do Regimento Interno.

Essas mesmas propostas que chegavam em busca de fundos eram analisadas e selecionadas a partir dos seguintes critérios básicos: a) ter nítido apelo social e de interesse público e, fundamentalmente, atender as prioridades da população; b) possuir metas e objetivos claramente definidos; c) identificar

nitidamente o público alvo do projeto; d) especificar a territorialidade do projeto, isto é, sua abrangência geográfica; e) discriminar adequadamente custo total e analítico para realização do projeto; f) data de início e de fim do projeto explícitas. Além desses, os projetos, para serem aprovados, deveriam atender aos seguintes princípios/diretrizes: a) democratização da gestão, com a participação dos usuários em todas as fases do processo: formulação, execução, controle e avaliação; b) compromisso do órgão gestor e do executor com os direitos de cidadania; c) caráter público da ação, com a divulgação das atividades; d) cumprimento das leis e normas técnicas que regulamentam as políticas setoriais e de direitos; e) acesso e não-discriminação nas atenções sociais, de qualquer natureza; f) respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia, privacidade e à convivência familiar e societária; g) precedência da atenção à necessidade social sobre as exigências de rentabilidade econômica; h) complementaridade entre a rede estatal, de organizações da sociedade civil sem fins lucrativos, na prestação de serviços, aprofundando o caráter público do atendimento; i) igualdade de oportunidade no acesso a bens e serviços³¹.

Desse modo, os projetos com tais características eram analisados pelo COGEPS por meio do Pleno, e, só após a aprovação e autorização do órgão, estavam aptos a receber os recursos necessários para sua realização. Ou seja, como já foi dito, o conselho era o órgão central da política social matricial implementada pelo governo sul-mato-grossense.

Tão importante, no entanto, quanto o poder de autorizar ou vetar o acesso de um projeto aos recursos, item fundamental de qualquer investimento, era a origem do dinheiro. Assim, parte do poder do COGEPS vinha exatamente de um fundo financeiro, criado em 2000, e que estava sob seus cuidados. Esse fundo, chamado FIS (Fundo de Investimento Social), estava voltado exclusivamente para a realização de investimentos sociais e permitiu ao governo angariar os recursos necessários para impulsionar programas considerados prioritários em um período de grave penúria do erário estadual. Foi esse conjunto, a existência de um fundo e sua vinculação ao COGEPS, que possibilitou a adoção de uma nova estratégia de combate à exclusão.

Tal poder, contudo, também gerou maior responsabilidade do colegiado. Afinal, além de construir a face da política social do estado, o COGEPS tinha também o papel de autorizar quais projetos considerados integrados com a estratégia de combate à exclusão receberiam recursos, tornando-se, desse modo, corresponsável pelo bom andamento dos projetos. Assim, ao COGEPS tornou-se necessário acompanhar e fiscalizar as contas dessas realizações. Embora fossem os executores dos programas e projetos, os responsáveis pela apresentação de relatórios e documentos que prestassem contas ao conselho, na forma da Lei Estadual n.º 2.105³², era a esse último que cabia observar o correto gasto dos recursos do fundo.

Nesse sentido, o COGEPS, além de principal órgão garantidor da matricialidade das políticas sociais do governo do estado de Mato Grosso do Sul, desempenhou também funções de articulação, criação de instrumentos de gestão, fiscalização, regulamentação, celebração de acordos entre estado e municípios e também de órgão avalista para utilização dos recursos disponibilizados por meio de fundo de investimentos, especialmente criado para sustentar a realização de políticas sociais.

5 FIS como garantia de recursos

As tradicionais dificuldades orçamentárias do setor público brasileiro sempre trouxeram consigo um problema ainda mais grave do que o pagamento de dívidas financeiras: a dificuldade do Estado em atuar sobre a urgente pobreza e exclusão social presente em todo país.

31 CONSELHO DE GESTÃO ESTADUAL DE POLÍTICAS SOCIAIS (COGEPS). *Subsídios para a realização do diagnóstico socioeconômico da efetividade das políticas públicas do governo de Mato Grosso do Sul*. Campo Grande: Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, [200?]. (mimeo).

32 Lei que institui o Fundo de Investimento Social (FIS), discutido na próxima seção.

No caso do Mato Grosso do Sul, devido aos graves problemas do erário, não bastava ao governo melhorar a arrecadação e reduzir os gastos. Essas ações, embora realizadas com sucesso ao gerar anos de superávit primário³³, não disponibilizavam recursos na quantidade necessária para os investimentos e programas urgentes ou essenciais para o crescimento econômico do estado. Ao mesmo tempo, os compromissos assumidos em gestões passadas com a União comprometeram um percentual fixo da arrecadação tributária estadual. Assim, as sobras fiscais eram em parte canalizados para o pagamento da dívida do Mato Grosso do Sul com o Governo Federal³⁴.

Foi por esse motivo que surgiu a ideia de fundos voltados exclusivamente para as áreas onde a atuação do Estado era considerada mais urgente. Tais fundos formavam uma massa de recursos que não fazia parte do caixa do Tesouro estadual e que, por isso mesmo, não estava sujeita aos acordos firmados com a União e relativos ao erário. Desse modo, tratava-se de dinheiro “carimbado” (com destino certo), mas disponível para investimento ou gasto em programas de caráter predefinido. Assim, embora não sejam recursos de uso livre, permitiam ao poder executivo realizar ou dar continuidade a projetos que, por falta de espaço no orçamento, poderiam ser paralisados.

A legislação que regula esse tipo de fundo de recursos (Lei Federal n.º 4.320 de 17/03/1964) afirma que este deve ter como características:

- a) receitas e despesas especificadas pela entidade jurídica instituidora do fundo; b) vinculação legal dessas receitas aos objetivos específicos ou serviços; c) normas peculiares de aplicação dessas receitas; d) transferência para o exercício seguinte de saldo positivo apurado em balanço; e) normas peculiares de controle e prestação e tomada de contas; f) manutenção da competência específica para fiscalização do Tribunal de Contas; g) vinculação a um órgão integrante da estrutura administrativa da entidade jurídica.³⁵

Nesses termos, o governo sul-mato-grossense inovou mais uma vez. Em experiência singular no estado, a Assembléia Legislativa de Mato Grosso do Sul aprovou por unanimidade a proposta do executivo que criou o Fundo de Investimentos Sociais (FIS), voltado exclusivamente para ações na área social.

O formato criado para o FIS seguiu o modelo comum encontrado em outras leis de incentivo a atividades, tais como a cultura, por exemplo. Com recursos inicialmente repassados pelo erário estadual (R\$ 36,3 milhões em 2000), o fundo teve como principal fonte arrecadadora a contribuição de empresas que, ao doarem recursos, ganhavam créditos que serviam para abater o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) devido. Com isso, parte do que o governo arrecadaria com esse imposto de competência estadual foi compor o volume de recursos disponíveis do FIS. A aparente queda na arrecadação era absolutamente compensada com a redução dos recursos destinados ao pagamento de dívida estadual com a União, afinal contabilmente esses recursos “doados” por empresas e destinados ao FIS **não eram arrecadação tributária, mas convertiam-se em dinheiro pronto para uso** em investimentos e programas de grande importância social.

De maneira mais detalhada, constituíam receitas do FIS (Lei Estadual n.º 2.105): a) contribuições de empresas interessadas em participar do programa, observado o disposto nos arts. 6º e 7º; b) transferências à conta do Orçamento Geral do Estado; c) auxílios, subvenções e outras contribuições de entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras; d) juros bancários e outros rendimentos de aplicações financeiras, inclusive os decorrentes de correção monetária; e) doações e legados; f) outros recursos a ele destinados e quaisquer outras rendas obtidas.

33 Para os números do orçamento do estado, ver a página da Auditoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul na rede mundial de computadores, no endereço: <http://www.unisite.ms.gov.br/unisite/sites/auditoriageral/index.php?inside=1&tp=3&show=6051>.

34 Idem.

35 CONSELHO DE GESTÃO ESTADUAL DE POLÍTICAS SOCIAIS (COGEPS). *Fundo de Investimentos Sociais: combatendo a pobreza e promovendo a inclusão social*. Campo Grande: Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, 2002. p. 11. (Manual de Orientação)

É bom lembrar que, de acordo com a Lei Estadual n.º 2.105 (30/05/2000), a empresa interessada em contribuir para o FIS precisava obter antecipadamente autorização expressa da Secretaria de Estado da Fazenda de acordo com as normas estabelecidas por esse órgão. Isso era importante porque, a época, dentro de todas as possíveis fontes de receita, a contribuição de empresas visando crédito no ICMS compunha a mais importante para o fundo. Se em 2000, na criação do fundo (art. 12, Lei Estadual n.º 2.105), o governo do estado estava autorizado a criar créditos no valor de R\$ 36,3 milhões a fim de dar início às operações, a partir de 2001, conforme se vê na tabela 1, a seguir, o volume multiplica-se e o dinheiro veio cada vez mais das “contribuições” privadas³⁶.

Tabela 1 – Investimento social realizado com recursos do FIS, 2002-2005

(Em R\$ mil correntes)

	2001	2002	2003	2004	2005
Agricultura e Pecuária	3.756,8	7.423,0	5.094,8	9.008,9	7.045,9
Assistência Social e Cidadania	13.834,8	10.312,7	8.334,1	12.634,2	12.406,4
Economia Solidária e Geração de Renda	2.925,3	1.196,4	1.539,0	1.776,9	2.264,1
Educação	16.538,7	35.969,8	32.517,1	30.181,5	35.157,4
Habitação	10.617,3	9.980,8	20.933,9	13.584,5	23.149,2
Repasse aos municípios	—	30.059,6	28.425,0	36.862,5	34.678,7
Saúde	6.426,3	24.212,8	31.133,5	60.838,2	46.469,0
Total do Ano	54.099,2	119.155,1	127.977,4	164.886,8	161.170,8
Orçamento do Estado (em mil R\$)	2.078,8	2.396,4	2.895,2	3.461,3	4.039,4

Fonte: Secretaria de Estado da Fazenda de Mato Grosso do Sul.

Não era todo esse recurso arrecadado na forma da lei, no entanto, que pertencia ao estado. Também de acordo com a Lei Estadual n.º 2.105 (30/05/2000), uma parte, 25% de toda contribuição das empresas via desconto no ICMS, deveria ser dirigida aos municípios sul-mato-grossenses. Estes, por sua vez, para terem acesso a essa parcela do FIS, eram obrigados a constituir estrutura semelhante à encontrada em nível estadual. Isto é, deveriam criar: a) por meio de lei, Fundos Municipais de Investimento Social, sob a égide dos poderes executivos municipais; b) comitês municipais de acompanhamento, fiscalização e também direcionamento dos recursos disponíveis e aplicados pelos fundos municipais. Esses comitês deveriam compor-se de no mínimo seis membros, sendo três indicados pelo poder executivo da cidade e mais três indicados pela sociedade civil organizada. Sua nomeação seria um ato do prefeito e seria publicada de acordo com os procedimentos legais normais.

O volume a ser depositado nos fundos municipais se fazia de acordo com o índice de participação do município na arrecadação do ICMS (Decreto Estadual n.º 9.946) e acontecia até o quinto dia útil do mês subsequente ao recolhimento do tributo. A Secretaria de Estado da Fazenda era órgão responsável pela arrecadação e repasse desses recursos.

Por tudo isso, a fim de evitar qualquer desvio de função dos recursos, tanto do FIS como dos fundos municipais, foi vetada qualquer utilização do dinheiro para pagamento de despesas com pessoal ou outra atividade-meio dos órgãos que operacionalizavam os investimentos sociais patrocinados (parágrafo único, art. 2º da Lei Estadual n.º 2.105 de 30/05/2000).

36 A aposta inicial do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul era investir R\$ 36 milhões por ano em programas de inclusão social, como o Bolsa-Escola, o Banco do Povo, o Cidadania da Família, as Comunidades Indígenas, a Habitação Popular, o Prove-Pantanal, a Reforma Agrária e a Segurança Alimentar. Com o andamento e a legitimação da política instituída, como se viu pelo volume de recursos envolvidos, a abrangência tornou-se bem maior.

Em outras palavras, o objetivo do FIS foi financiar ações, programas e investimentos no estado com o fim enfático de combate a pobreza e a exclusão social. Todavia, não se deve imaginar que o fundo tornou-se fonte de recursos exclusivamente para programas de transferência de renda, isto é, que, ao fim e ao cabo, apenas repassava dinheiro aos beneficiários mediante uma contrapartida, como, por exemplo, manter o filho na escola. O campo de atuação dos recursos arrecadados foi bastante amplo e pode ser sumarizado em três grandes eixos: a) financiamento dos programas de políticas social e de cidadania (transferência de renda, atendimento social a crianças, jovens e idosos, defensoria pública itinerante, etc.); b) programas de geração de emprego e renda (formação de cooperativas, microcrédito, etc.); c) investimento em infra-estrutura econômica e social (construção de casas populares, construção e reforma de unidades de atendimento à população, aquisição de equipamentos, etc.).

Diante disso e de maneira mais precisa, os recursos do FIS e dos Fundos Municipais de Investimento Social destinavam-se a programas, projetos e serviços sociais que garantissem:

- a) padrões de qualidade e a garantia dos direitos de cidadania; b) atendimento das necessidades sociais, c) priorização da sobrevivência dos segmentos vulnerabilizados e em situações de risco; d) qualificação progressiva das necessidades básicas e dos padrões respectivos em decorrência dos avanços econômico, social e do estágio de civilidade da sociedade.³⁷

O público prioritário eram os cidadãos e grupos que se encontravam em situação de vulnerabilidade e risco pessoal e social, entendendo-se por vulnerabilidade, famílias e/ou indivíduos com:

- a) perda de vínculos de afetividade, pertencimento e sociabilidade; b) fragilidade pelos ciclos de vidas: criança, adolescente, pessoa idosa; c) identidade estigmatizada em termos étnico, cultural e sexual; d) desvantagem pessoal resultante de deficiência física, mental, sensorial; e) exclusão social pela pobreza e pelo acesso às políticas públicas; f) inserção precária ou não-inserção no mercado de trabalho, formal ou informal” e risco pessoal e/ou familiar em casos de: “a) desnutrição infantil; b) uso de substâncias psicoativas; c) trabalho infantil; d) diferentes formas de violência advinda do núcleo familiar, grupos e indivíduos; e) HIV e Aids e doenças degenerativas; f) abuso e exploração sexual; g) moradia que oferece risco de vida; h) estratégias de sobrevivência que podem representar risco pessoal e social.³⁸

Tratava-se, portanto, de programas, projetos e ações com ênfase na atuação sobre questões de grande monta e cuja gravidade nunca fora superadas na história do país. Mais do que isso, formavam iniciativas sobre a complexidade de problemas que, atacados de maneira matricial e integrada, permitiam ser enfrentados em suas diferentes faces de exclusão social. Para tanto, as preocupações, em cujo centro estava muito mais a família do que o indivíduo, apontavam para uma série de ações que, embora tivessem caráter universal, ao comporem-se como um conjunto, terminavam por determinar um desenho específico dirigido às características dos grupos de maior vulnerabilidade localizados em suas áreas geográficas definidas.

O esforço, segundo Blanes et al.³⁹, ao apresentar números detalhados, terminou por gerar uma menor dispersão de esforços e, até aquele momento, pareceu potencializar os impactos sobre as diversas carências das famílias e comunidades atendidas, marcadamente quando comparado com as mobilizações de épocas anteriores.

37 CONSELHO DE GESTÃO ESTADUAL DE POLÍTICAS SOCIAIS (COGEPS). *Subsídios para a realização do diagnóstico socioeconômico da efetividade das políticas públicas do governo de Mato Grosso do Sul*. Campo Grande: Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, [200?]. (mimeo).

38 CONSELHO DE GESTÃO ESTADUAL DE POLÍTICAS SOCIAIS (COGEPS). *Subsídios para a realização do diagnóstico socioeconômico da efetividade das políticas públicas do governo de Mato Grosso do Sul*. Campo Grande: Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, [200?]. (mimeo).

39 BLANES, Denise et al. *Inclusão social: uma utopia possível*. São Paulo: Cortez, 2006.

6 Alguns números e observações sobre os impactos

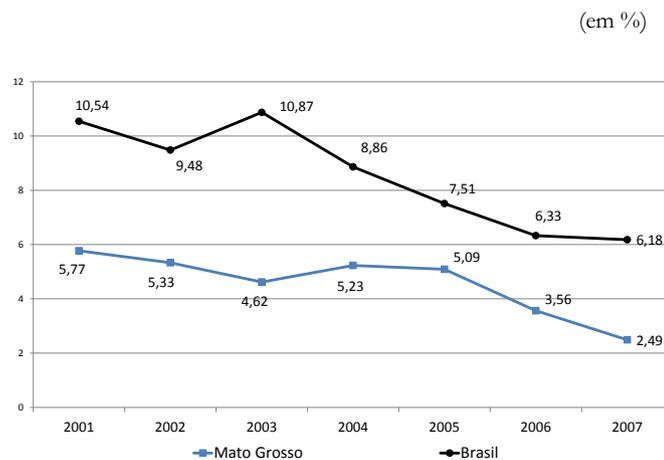
A análise empreendida, até agora, sobre a inovação levada a cabo pelo Governo do Estado do Mato Grosso do Sul na aplicação e gestão de políticas sociais revela três resultados qualitativos que merecem destaque:

1. aplicação de instrumentos inovadores de política social em escala inédita;
2. compromisso compartilhado dos diferentes órgãos do governo envolvidos no enfrentamento da exclusão social, seguindo orientação matricial para organização dos trabalhos;
3. coordenação das ações de governo, isto é, ação planejada e acordada, seguindo um comando que envolvia secretários e governador, evitando desperdícios.

Esses avanços qualitativos, todavia, não parecem ter resultado em impactos sensíveis na realidade social de Mato Grosso do Sul tal como esperado inicialmente. Essa constatação fica ainda mais evidente quando comparada aos números brasileiros entre 2001 e 2007, período em que o Governo do Estado implantou e fez funcionar plenamente o novo modelo de política na área social. A comparação de onze séries de indicadores sociais mostra que os esforços do executivo sul-matogrossense não criaram nenhum descolamento sensível entre os números obtidos nessa Unidade da Federação e os apresentados pelo resto do Brasil.

Para chegar a esse julgamento, é útil separar os indicadores em três grandes temas, por meio de agrupamento que avaliem o impacto do novo modelo de políticas sociais implantado nesse estado. Assim, o primeiro tema observado é *renda e pobreza*. O Gráfico 1 mostra, por exemplo, a queda significativa da extrema pobreza. A boa notícia, no entanto, não apresenta divergência significativa em relação ao que acontece no restante do país no mesmo período. Ambas as séries, apesar das oscilações, apontam quedas importantes entre 2001 e 2007.

Gráfico 1 – Taxa de Extrema Pobreza (Brasil e Mato Grosso do Sul), 2001-2007

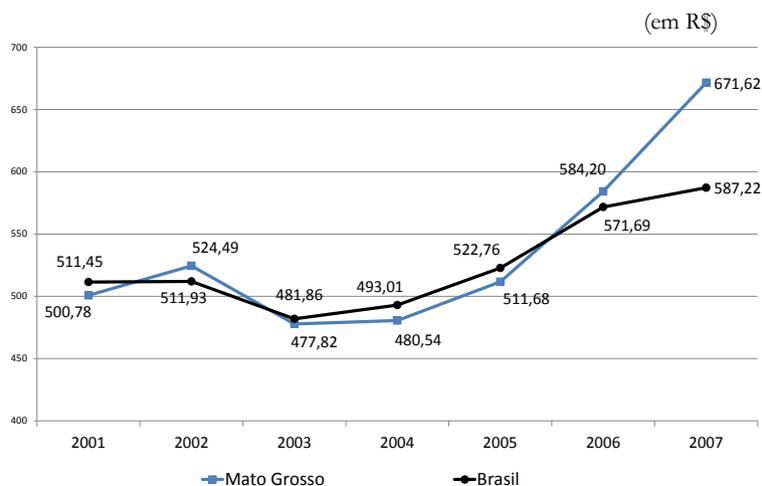


Fonte: (IPEA, 2012)

O mesmo se observa em relação à renda domiciliar *per capita* média (Gráfico 2). As séries para o estado de Mato Grosso do Sul e para o Brasil seguem trajetória muito semelhante, divergindo apenas no ano de 2007⁴⁰.

40 Mesmo essa divergência foi passageira. No mesmo estudo utilizado para captação dos dados, observa-se que, nos anos seguintes, as trajetórias das rendas voltaram a aproximar-se. Ver INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Situação Social nos Estados: Mato Grosso do Sul*. Brasília: IPEA, 2012.

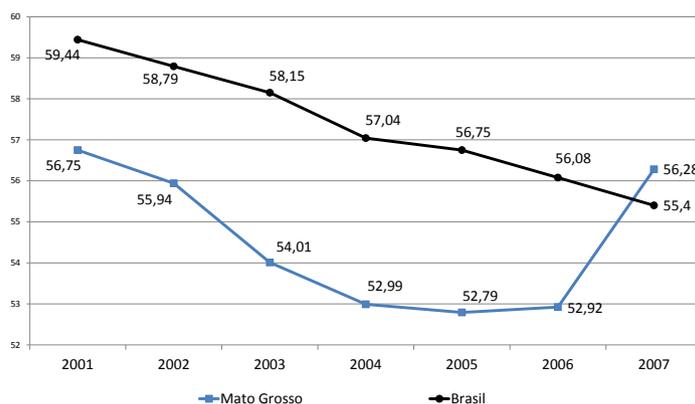
Gráfico 2 – Renda domiciliar per capita média (Brasil e Mato Grosso do Sul), 2001-2007



Fonte: (IPEA, 2012)

O Índice de Gini é série onde esperava-se maior descolamento entre o que acontecia no Brasil e o que se vivia em Mato Grosso do Sul (Gráfico 3). No entanto, a estabilidade na série estadual entre 2004 e 2006 – mesmo desconsiderando o ano de 2007 – mostra que o impacto das ações do governo local não foi capaz de diferenciar o nível de desigualdade nessa Unidade da Federação em relação ao vivido na média do país. Mais uma vez, o que se observa é a similaridade entre o que aconteceu no Brasil e o que sobreveio no Mato Grosso do Sul.

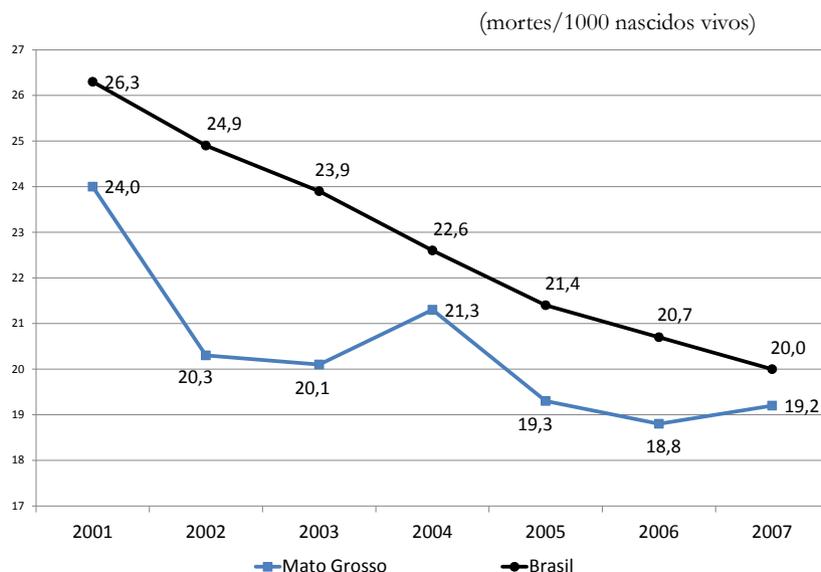
Gráfico 3 – Índice de Gini (Brasil e Mato Grosso do Sul), 2001-2007



Fonte: (IPEA, 2012)

A taxa de mortalidade infantil, por sua vez, tem um desempenho piorado no estado em comparação ao restante do país. O Gráfico 4 mostra uma queda acentuada e ininterrupta no Brasil e uma redução menos firme do indicador no Mato Grosso do Sul. Além disso, em 2007, percebe-se um leve aumento do problema na Unidade da Federação em foco, reforçando a impressão de que o impacto do novo modelo de gestão de políticas sociais, ali implantado, não alcançou o resultado esperado.

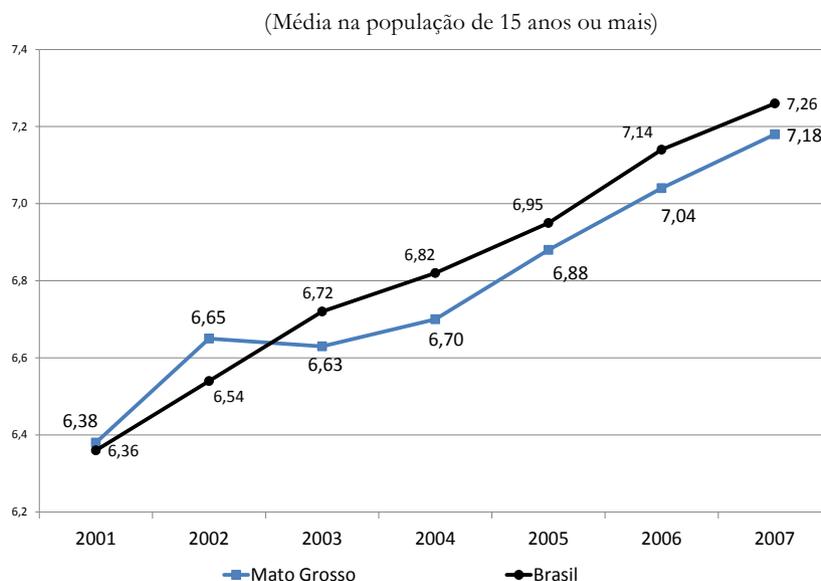
Gráfico 4 – Taxa de mortalidade infantil (Brasil e Mato Grosso do Sul), 2001-2007



Fonte: (IPEA, 2012)

O quadro não muda muito quando se passa a analisar o segundo tema: *educação*. Observando o Gráfico 5, nota-se que o progresso na média de anos de estudo das população do Brasil e do Mato Grosso do Sul não apresentou divergência. Ambos os grupos vivenciaram um crescimento no tempo em sala de aula e a Unidade da Federação ainda sofreu, em 2003, rebaixamento relativo ao que acontecia no país.

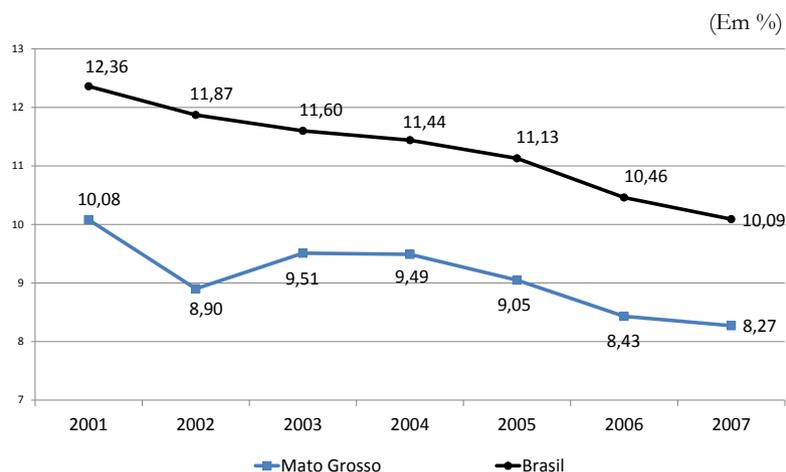
Gráfico 5 – Média de anos de estudo (Brasil e Mato Grosso do Sul), 2001-2007



Fonte: (IPEA, 2012)

Quanto à taxa de analfabetismo, os resultados não são melhores. Mato Grosso do Sul apenas manteve sua posição relativa quando comparado ao resto do país (Gráfico 6).

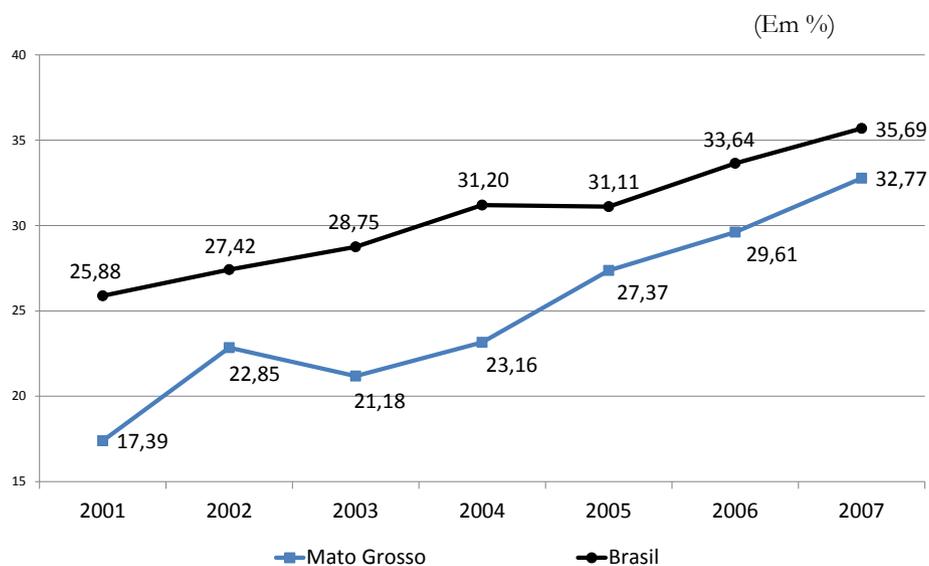
Gráfico 6 – Taxa de analfabetismo (Brasil e Mato Grosso do Sul), 2001-2007.



Fonte: (IPEA, 2012)

A taxa de frequência na escola ou creche na população de zero a cinco anos também repetiu o que foi observada nas variáveis anteriores: o Mato Grosso do Sul repetiu a tendência observada no país (Gráfico 7). Cabe chamar a atenção, no entanto, de que houve uma aproximação da taxa mais baixa vivida no estado e os números observados para o Brasil. Todavia, tal convergência não parece ser suficiente para indicar que o novo modelo de gestão das políticas sociais sul-mato-grossenses tenha diferenciado os resultados locais em relação ao que se viu nas demais unidades da federação.

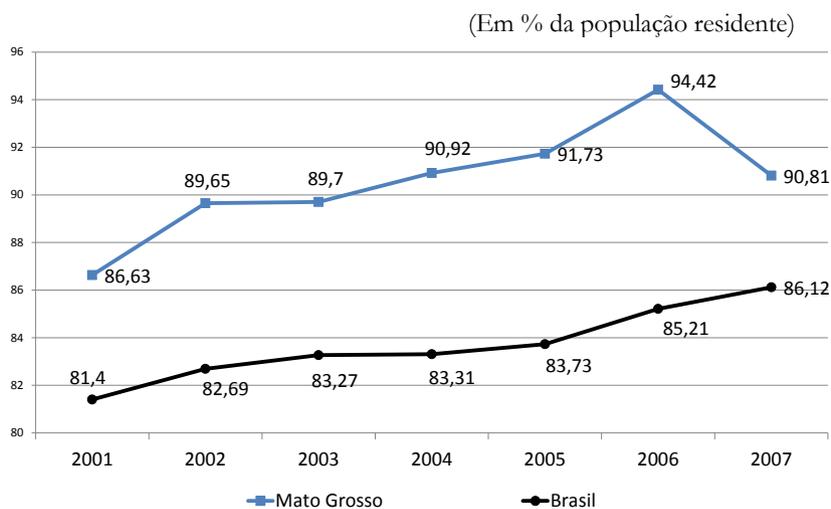
Gráfico 7 – Taxa de frequência à escola ou creche – 0 a 5 anos (Brasil e Mato Grosso do Sul), 2001-2007.



Fonte: (IPEA, 2012)

No último tema, *infraestrutura e serviços voltados à habitação*, os números comparados de Mato Grosso do Sul e Brasil também não apresentam tendências significativamente diferentes. O gráfico 8, por exemplo, mostra que o progresso desse estado na disponibilização adequada de água aos seus habitantes foi mais acelerado até 2006. A queda observada em 2007, porém, aponta para a dificuldade de manter a tendência dos esforços e resultados da ação do Governo Estadual.

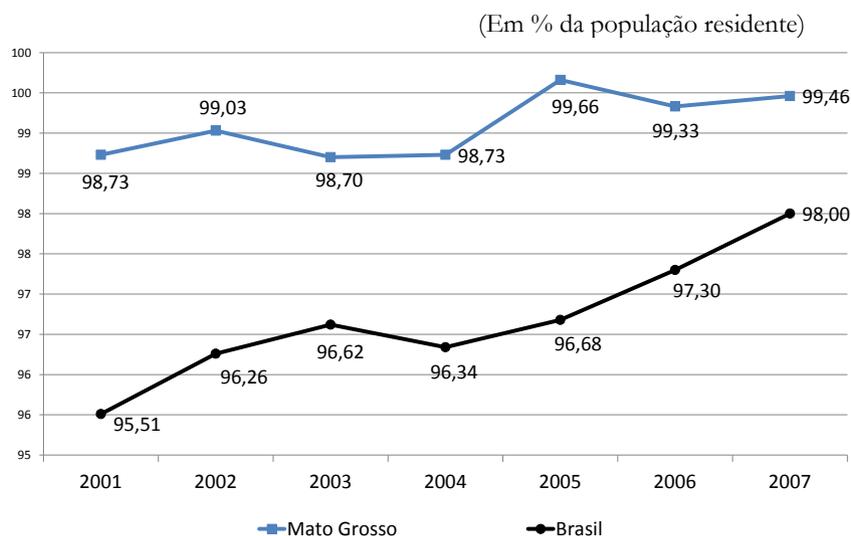
Gráfico 8 – Taxa de abastecimento adequado de água (Brasil e Mato Grosso do Sul), 2001-2007.



Fonte: (IPEA, 2012)

No acesso a energia elétrica, o estado sul-mato-grossense não poderia apresentar as mesmas taxas de melhoria observadas no resto do Brasil (Gráfico 9). Ali, os níveis de acesso à rede elétrica já eram elevados, alcançando, já em 2001, quase toda a população.

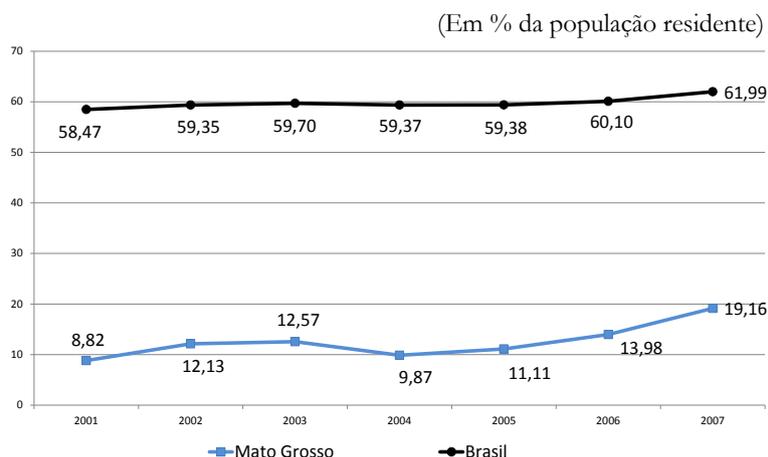
Gráfico 9 – Acesso a energia elétrica (Brasil e Mato Grosso do Sul), 2001-2007.



Fonte: (IPEA, 2012)

No lado oposto ao que se observou em relação ao acesso a energia elétrica, o Gráfico 10 mostra o quanto Mato Grosso do Sul está atrasado no fornecimento de esgotamento sanitário a sua população. Se no Brasil, em 2007, 3/5 da população tinha acesso ao serviço, o mesmo acontecia com apenas 1/5 dos habitantes do estado. É importante observar, entretanto, que, entre 2004 e 2007, a Unidade da Federação mais do que dobrou o percentual de acesso da população residente ao esgotamento sanitário.

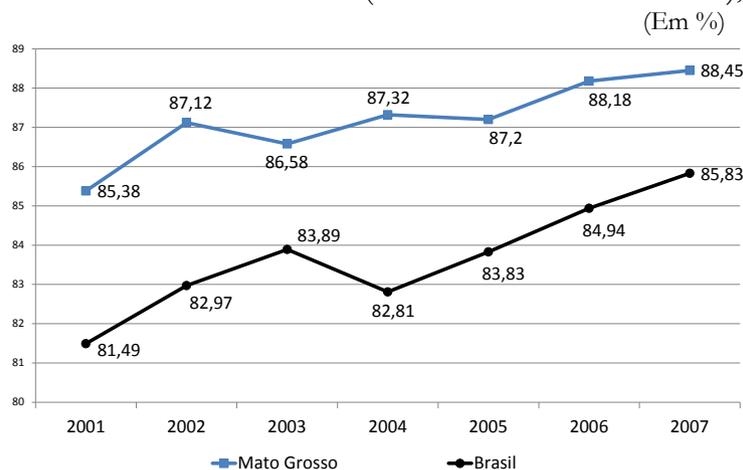
Gráfico 10 – Acesso a esgotamento sanitário adequado (Brasil e Mato Grosso do Sul), 2001-2007



Fonte: (IPEA, 2012)

Observando o acesso à coleta de lixo (Gráfico 11), mais uma vez o estado sul-mato-grossense não se destaca dos avanços alcançados no restante do país. Entre 2001 e 2007, o Brasil elevou em 4% o volume da população atendida por coleta de lixo. Por outro lado, o estado viu esse mesmo indicador crescer pouco mais de 3%.

Gráfico 11 – Acesso a coleta de lixo (Brasil e Mato Grosso do Sul), 2001-2007



Fonte: (IPEA, 2012)

Assim, em resumo, os números apresentados não parecem destacar avanços diferenciados na problemática social do estado de Mato Grosso do Sul, marcadamente a partir do novo modelo de gestão das políticas sociais implantado no início dos anos 2000. Essa avaliação deixa novas perguntas ainda sem respostas: por que mudanças qualitativas bem desenhadas na gestão das políticas sociais não parecem ter surtido o impacto esperado? Por que, apesar da matricialidade e da coordenação, o Mato Grosso do Sul obteve resultados tão similares ao restante do país, onde não foram registradas mudanças importantes?

7 Comentários finais

O desenho e o aparente esforço empreendido pelo governo sul-mato-grossense naqueles anos representaram uma importante e inovadora ousadia em âmbito estadual. Não se tem notícia de esforços semelhantes nas diversas unidades da federação. Uma das poucas experiências similares debatidas na

literatura sobre políticas sociais é a levada cabo em nível municipal pelas prefeituras de São Paulo no início dos anos 2000⁴¹ e, mais recentemente, em Osasco⁴².

No Mato Grosso do Sul, as iniciativas inovadoras do governo estadual tornaram possível que os recursos do FIS representassem, além de importante alavanca, a condição necessária, mas não suficiente, sobre a qual se tornava possível desenhar uma política integrada de atendimento às múltiplas carências das populações mais vulneráveis. A condição *sine qua non* para o bom funcionamento do conjunto era o compromisso do mandatário estadual. Assim, somadas às condições financeiras, por si só já inovadoras, e a decisão política, aparentemente partilhada pelos escalões gerenciais do governo, observou-se aperfeiçoamentos interessantes na construção e gestão da política social local.

Nesse sentido, as ações do estado tinham potencial para enfrentar o que, talvez, sejam as duas maiores críticas endereçadas às políticas públicas, marcadamente às sociais: a *verticalização* e a *descoordenação*. Os desvios causados por esses dois problemas costumam impedir e impedem arrostar adequadamente a multiplicidade de faces que compõem a exclusão social. A presença deles conduz, inexoravelmente, à dispersão de recursos, sobreposições, ausência de sinergia e, não menos importante, conflitos entre órgãos de governo.

Por isso mesmo, a experiência de Mato Grosso do Sul, criticável ou não, deveria representar um importante aprendizado para as três esferas de governo, sinalizando alternativas possíveis de desenho, construção, condução e avaliação de políticas. Apesar dos problemas -- e os resultados empíricos parecem apontar que os riscos não são poucos --, o desenho implementado pelo estado do Mato Grosso do Sul no combate de suas mazelas sociais parece constituir, ainda hoje, o programa realmente aplicado mais moderno visto no país.

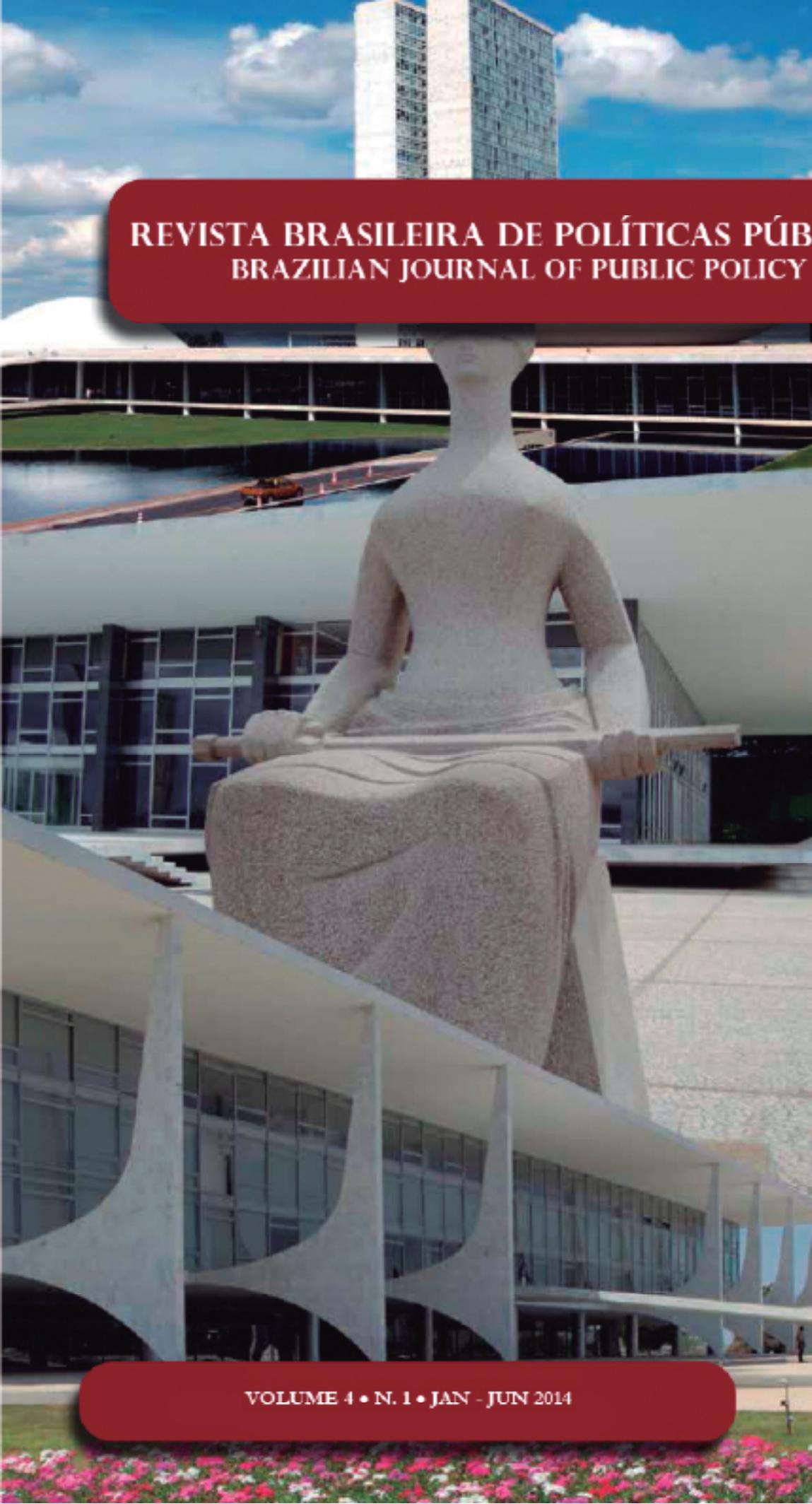
Referência

- AMORIM, Ricardo L. C. CF/88: economia e sociedade no Brasil. In: CARDOSO JUNIOR, José Celso. (Org.). *A Constituição Federal de 1988 Revisitada*. Brasília: Ipea, 2009. p. 9-33. v. 1.
- AMORIM, Ricardo L. C. As diferentes dinâmicas regionais dentro da economia brasileira: o caso do Mato Grosso do Sul. *Revista de Economia Mackenzie*, São Paulo, v. 6, p. 113-148, 2008.
- ANGEL, Héctor Sanín. *Control de Gestión y Evaluación de Resultados en la Gerencia Pública*. Santiago de Chile: CEPAL, 1999. (Serie Manuales).
- ARANHA, Adriana V. (Org.). *Fome Zero: uma história brasileira*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2010. v. 2.
- BACHA, Edmar. O Plano Real: uma avaliação. In: MERCADANTE, Aloisio (Org.). *O Brasil Pós-Real: a política econômica em debate*. Campinas: Unicamp, 1997.
- BALTAR, Paulo. Estrutura Econômica e Emprego Urbano na Década de 1990. In: PRONI, Marcelo; HENRIQUE, Wilnes. *Trabalho, Mercado e Sociedade: o Brasil nos anos 90*. São Paulo: UNESP; IE-UNICAMP, 2003.
- BARROS, R. P.; HENRIQUE, R., MENDONÇA, R. A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil. In: HENRIQUE, R. (Org.). *Desigualdade e pobreza no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2000. p. 21-47.
- BLANES, Denise et al. *Inclusão social: uma utopia possível*. São Paulo: Cortez, 2006.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à FOME. Departamento de Prospecção para a Inclusão Produtiva. *Acelerar a Inclusão Produtiva*. Brasília: MDS, 2010.
- CARVALHO, José M. *A Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

41 POCHMANN, M. (Org.). *Desenvolvimento, trabalho e solidariedade*. São Paulo: Cortez e Fund. Perseu Abramo, 2002.

42 CAZZUNI, Dulce et al. *Atlas da exclusão social de Osasco*. São Paulo: DIEESE; SDTI/PMO, 2007.

- CAZZUNI, Dulce et al. *Atlas da exclusão social de Osasco*. São Paulo: DIEESE; SDTI/PMO, 2007.
- CONSELHO DE GESTÃO ESTADUAL DE POLÍTICAS SOCIAIS (COGEPS). *Fundo de Investimentos Sociais: combatendo a pobreza e promovendo a inclusão social*. Campo Grande: Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, 2002. (Manual de Orientação).
- CONSELHO DE GESTÃO ESTADUAL DE POLÍTICAS SOCIAIS (COGEPS). *Subsídios para a realização do diagnóstico socioeconômico da efetividade das políticas públicas do governo de Mato Grosso do Sul*. Campo Grande: Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, 2002.
- DATHEIN, Ricardo. Brasil: vinte e cinco anos de estagnação econômica. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA POLÍTICA, 11., 2006, Vitória. *Anais...* Vitória: SEP, 2006.
- FAGNANI, Eduardo. Ajuste econômico e financiamento da política social brasileira: notas sobre o período 1993/1998. *Economia e Sociedade*, Campinas: IE/UNICAMP, n.13, p. 155-178, 1999.
- FILGUEIRAS, Luiz. *História do Plano Real: fundamentos, impactos e contradições*. São Paulo: Boitempo, 2000.
- FIORI, José L. *Reforma ou Sucata: o dilema estratégico do setor público brasileiro*. São Paulo: IESP/FUNDAP, 1991. (Texto para Discussão, n. 4).
- FREEMAN, Chris; LOUÇÃ, Francisco. *As Time Goes By*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Paz e Terra, 1974.
- MATO GROSSO DO SUL. *Balanço do Governo Popular: 1999-2006*. Campo Grande: Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, 2006.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Contas Regionais. Banco de dados*. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 3 abr. 2014.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Situação Social nos Estados: Mato Grosso do Sul*. Brasília: IPEA, 2012.
- LACZYNSKI, Patricia. *Programa Integrado de Inclusão Social*. Disponível em: <http://www.polis.org.br/publicacoes/dicas/dicas_interna.asp?codigo=32>. Acesso em: 23 abr. 2014.
- OLIVEIRA, Carlos; HENRIQUE, Wilnes. Determinantes da Pobreza no Brasil: um roteiro de estudo. São Paulo em Perspectiva (revista da Fundação SEADE), v.4, n.2, abril-junho de 1990.
- POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo L. C. (Org.). *Atlas da exclusão social no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2002.
- POCHMANN, Marcio. (Org.). *Desenvolvimento, trabalho e solidariedade*. São Paulo: Cortez e Fund. Perseu Abramo, 2002.
- RODRÍGUEZ, Octavio. *O Estruturalismo Latino-Americano*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- ROUSSEAU, Jean. J. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os Homens*. São Paulo: Abril, 1973.
- TAVARES, Maria C. A economia política do real. In: MERCADANTE, Aloisio (Org.). *O Brasil Pós-Real: a política econômica em debate*. Campinas: Unicamp;IE, 1997.
- TELLES, Vera. *Direitos sociais (afinal do que se trata?)*. Belo Horizonte: UFMG, 2001.



REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Programas sociais brasileiros e sua relação com a pobreza, a desigualdade e o desenvolvimento

Brazilian social programs and their relationship with poverty, inequality and development

Mírian Aparecida Rocha
Rosa Maria Olivera Fontes
Leonardo Bornacki de Mattos
Jader Fernandes Cirino

Programas sociais brasileiros e sua relação com a pobreza, a desigualdade e o desenvolvimento¹

Brazilian social programs and their relationship with poverty, inequality and development

Mirian Aparecida Rocha*

Rosa Maria Olivera Fontes**

Leonardo Bornacki de Mattos***

Jader Fernandes Cirino****

Recebido em 23/10/2013

Aprovado em 25/01/2014

* Doutoranda em Economia Aplicada no Departamento de Economia Rural da Universidade Federal de Viçosa (UFV), na qualidade de bolsista do CNPq. Possui mestrado em Desenvolvimento Econômico e Políticas Públicas pelo Departamento de Economia da UFV (2011).

** Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Viçosa (1979), Mestre em Economia pela North Carolina State University (1985) e Ph.D em Economia pela North Carolina State University (1988). É Professora Titular aposentada da Universidade Federal de Viçosa. Tem três pós-doutorados, sendo um deles na University of California-Berkeley (1993-94), outro na Ludwig Maximilians Universität de Munique (2000-01), onde lecionou a disciplina Macroeconomia da América Latina, e recentemente na Stanford University (2009-10), onde fez o Estágio Sênior com bolsa da CAPES no Centro de Estudos Latino-Americanos.

*** Graduado em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2002), Mestre em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa (2004), Doutor em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa (2008). Atualmente é Professor Adjunto da Universidade Federal de Viçosa.

**** Doutor (2008) e Mestre (2005) em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa e Economista (2004) pela Universidade Federal de São João del-Rei. Atualmente é Professor Adjunto do Departamento de Economia da Universidade Federal de Viçosa.

Resumo

O objetivo deste trabalho foi estudar o impacto de alguns programas sociais brasileiros sobre pobreza, desigualdade e desenvolvimento, no período 2004 a 2007. Para tanto, neste artigo foi utilizada a abordagem de componentes principais da análise fatorial na construção dos Índices de Subdesenvolvimento Econômico, Concentração de Renda e Cobertura Vacinal. De posse desses, realizou-se uma análise em painel, cujos resultados indicaram que, para o Índice de Subdesenvolvimento Econômico, o Bolsa Família, o Cartão Alimentação e o PAIF- tiveram efeitos positivos e, considerando o montante aplicado no PBF, este é o que mais impacta nos indicadores de desenvolvimento econômico. Já para o Índice de Concentração de Renda, os programas analisados não apresentaram efeitos relevantes. Por outro lado, o Auxílio Gás, o Bolsa Alimentação e o Bolsa Família contribuem para a melhoria da Cobertura Vacinal. Com isso, verificou-se que alguns programas sociais têm cumprido o seu propósito e justificado os recursos crescentes que o governo tem destinado a eles, enquanto outros contribuem apenas marginalmente para a melhoria dos indicadores.

Palavras chave: Programas sociais; desigualdade de renda; pobreza; desenvolvimento.

Abstract

This research aimed to study how Brazilian social programs have impacted on poverty, income inequality and development in the period 2004-2007. First, principal component of factorial analysis was used to find the Index of Economic Underdevelopment, Index of Income Concentration and Index of Immunization. After that, a panel analysis was applied. The results had shown that Bolsa Família, Cartão Alimentação and PAIF programs had positive effects on the Index of Economic Underdevelopment. With respect to the Index of Income Concentration, neither program show

¹ Este artigo é parte da dissertação de mestrado da primeira autora, Mirian Aparecida Rocha (mirian.rocha@ufv.br), intitulada "Impacto dos programas sociais brasileiros sobre a pobreza, a desigualdade e o desenvolvimento".

significant effects. Finally, Auxílio Gás, Bolsa Alimentação and Bolsa Família programs had improved the Index of Immunization. Thus, it was verified that some social programs had fulfilled its purpose and justified the increasing resources of Brazilian government in this kind of politics. On the other hand, some programs had contributed only marginally with the indicators improve.

Keywords: D63 - Inequality; I32 - Measurement and Analysis of Poverty; I38 - Effects of Welfare Programs; O15 - Income Distribution.

1 Introdução

O crescimento econômico das sociedades ao longo da história evidenciou diversos problemas sociais que dificultaram e ainda inviabilizam o alcance do bem-estar social. Dentre esses problemas, a pobreza é um dos mais graves. A pobreza pode ser vista como um dos resultados da má distribuição da renda, pois indica que os benefícios do crescimento econômico não estão sendo direcionados a todas as famílias do país de modo igualitário.

Embora cada sociedade lide com essa questão de uma forma, a transferência de renda tem sido uma solução encontrada por muitos países para enfrentar a pobreza e a desigualdade. Esse tipo de programa permite aos beneficiários empregar da maneira que melhor lhes convier os recursos fornecidos pelo Estado.

No Brasil, historicamente, a pobreza e a desigualdade de renda são problemas sociais crônicos, pois o processo de enriquecimento de algumas camadas da população ocorreu às expensas de outras, o que deixou essas em situação de necessidade extrema. Porém, nem sempre essa questão foi enfrentada pelos governos, que passaram a dedicar-se ao tema apenas no final da década de 90, quando foi criado o primeiro programa federal de transferência de renda, o Programa Comunidade Solidária. No governo do presidente Fernando Henrique Cardoso foram criados vários programas sociais, dentre os quais se destacam o Bolsa Escola, o Bolsa Alimentação e o Vale Gás. Todavia, em 2003, o enfrentamento dessas questões atingiu maior nível de prioridade, com a criação do Programa Fome Zero e do Programa Bolsa Família. A partir de então, um maior montante de recursos passou a ser destinado aos programas sociais.

Atualmente, os programas sociais do governo brasileiro não se restringem a programas de transferência de renda, eles estão concentrados em três áreas: renda e cidadania; assistência social; e segurança alimentar e nutricional.

Nos últimos anos, conforme pode-se inferir dos dados do IPEADATA, os indicadores de desigualdade de renda vêm apresentando consecutivas melhorias. Como exemplo, a renda domiciliar *per capita* saltou de R\$547, em 2001, para R\$661, em 2008. O Índice de Gini saiu de 0,596, em 2001, para 0,548, em 2008, uma queda de mais de 8%. Já o Índice de Theil caiu mais de 16% entre 2001 e 2008, de 0,727 para 0,608. Dessa forma, procura-se investigar se tais melhorias estariam relacionadas aos programas sociais brasileiros criados a partir de 2003. Para tanto, busca-se determinar o impacto de tais programas sobre os indicadores de desigualdade de renda, de pobreza e sobre os indicadores de desenvolvimento, sobretudo, após o ano de 2004, quando os programas unificados (Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Cartão Alimentação e Auxílio Gás), transformados no Programa Bolsa Família, passaram a se consolidar no cenário nacional. Tal análise se difere das demais² encontradas na literatura por englobar um conjunto de programas sociais, em detrimento de uma investigação com base em um ou dois programas e, também, por considerar o impacto dos programas sobre um conjunto amplo de variáveis. A construção de indicadores a partir de uma série de variáveis também se configura em uma importante contribuição para a literatura, dado que, esses indicadores englobam uma série de aspectos importantes do bem-estar dos indivíduos, podendo, assim, serem usados para outras análises.

2 Ver Soares et al. (2006), Guedes e Araújo (2007), Moreira (2007), Costa e Salvato (2008), Cacciamali e Camillo (2009), por exemplo.

O presente estudo será feito para os estados e para as regiões brasileiras e compreenderá o período de 2004 a 2007.

O objetivo deste trabalho foi avaliar em que medida os principais programas sociais brasileiros contribuíram para a redução da pobreza e da desigualdade de renda, assim como para a melhoria de indicadores de desenvolvimento.

Além dessa seção introdutória, este trabalho está organizado em outras cinco seções. A segunda seção mostra como os programas sociais estão relacionados às questões de desigualdade e de pobreza. A terceira seção traz os procedimentos metodológicos utilizados, que incluem análise fatorial, construção de um índice parcial e análise em painel. Os resultados obtidos estão detalhados na quarta seção. A quinta seção conclui o trabalho.

2 Estudo sobre as inter-relações entre programas sociais, pobreza e desigualdade

Quando o governo utiliza programas sociais, aqueles indivíduos que estão à margem do sistema econômico, do mercado de trabalho e de condições dignas de vida, tendem a criar expectativas de uma melhoria na sua qualidade de vida. Isso ocorre porque esses programas, ao buscarem atender os mais pobres, lhes fornecem mecanismos para melhorar sua alimentação, saúde, moradia, acesso ao sistema educacional e ao mercado de trabalho (direitos sociais básicos).

Em outros países, os programas de transferência de renda não visam, necessariamente, ao combate à pobreza, embora tenham caráter redistributivo. Todavia, no Brasil, devido ao histórico de índices de pobreza e desigualdade muito elevados, esse objetivo constitui-se como um dos principais desses programas (JUSTO, 2007).

Por isso, vários trabalhos têm estudado os efeitos dos programas sociais sobre a desigualdade e a pobreza. Rocha (2005), por exemplo, analisando o impacto dos programas federais de transferência de renda dos governos Fernando Henrique Cardoso e Lula, sobre a pobreza no Brasil, concluiu que os programas implementados no primeiro governo - Bolsa Escola, Bolsa Alimentação e Auxílio Gás - apresentaram efeito pequeno sobre os indicadores de pobreza. Por outro lado, o Fome Zero e o Bolsa Família, adotados a partir de 2003, demonstraram maior capacidade para afetar esses mesmos indicadores, embora apresentem problemas de focalização, ou seja, existem famílias selecionadas e beneficiadas que não fazem parte da clientela-alvo, qual seja, famílias com renda mensal de até R\$140 *per capita*.

Schwartzman (2006), utilizando dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), concluiu que o programa Bolsa Escola era mal focalizado e, embora possuísse condicionalidades, elas não eram fiscalizadas. Por isso, ele afirma que os recursos destinados a esse programa teriam tido maiores impactos sobre a desigualdade e a pobreza se tivessem sido aplicados diretamente no sistema educacional. Para ele, os programas genéricos, como o PBF, são menos efetivos do que programas mais específicos, como o PETI.

Nessa mesma linha, Soares et. al (2006), também utilizando dados da PNAD para o período 1995-2004, numa análise dos programas BPC e PBF, concluíram que ambos são bem focalizados, sendo que entre 74 e 80% da renda relativa desses programas é destinada a famílias que se encontram abaixo da linha da pobreza. Além disso, esses dois programas foram responsáveis por 28% da queda do Índice de Gini, no período analisado (7% referente ao BPC e 21% ao PBF). Em outro estudo sobre o impacto do BF e do BPC sobre a distribuição de renda no Brasil, Cury et al. (2010), utilizando um modelo de equilíbrio geral e microssimulação, concluíram que cerca de 20% da queda da desigualdade entre 2003 e 2005 pode ser atribuída a esses dois programas de transferência de renda. Com relação ao nível de

pobreza, entretanto, os efeitos foram positivos, mas não muito significativos, pois a variável tributação foi responsável por quase compensar os efeitos dos programas.

3 Metodologia

3.1 Modelos analíticos

O período de análise deste trabalho corresponde aos anos de 2004 a 2007. A opção por 2004 justifica-se pelo fato de que nesse ano foi implementada uma modificação nos programas sociais brasileiros, em que vários programas foram unificados no Programa Bolsa Família, e 2007 era o último ano para o qual se dispunha de dados para todas as variáveis empregadas no modelo quando da elaboração deste trabalho. A análise será feita para todos os 26 estados brasileiros e para o Distrito Federal.

Inicialmente, utilizou-se um modelo de Análise Fatorial ortogonal, que transforma um conjunto de p -variáveis, denotado pela matriz X de dados, em k -fatores não correlacionados (MINGOTI, 2005) da seguinte forma:

$$X_{px1} = A_{pxk} F_{kx1} + \varepsilon_{px1} \quad (1)$$

Em que: $X = X_1, X_2, \dots, X_p$ é o vetor de variáveis aleatórias observáveis (variáveis originais = indicadores de desenvolvimento, desigualdade e pobreza) – Tabela 1;

$F = (F_1, F_2, \dots, F_k)^t$ o vetor ($k < p$) de variáveis não observáveis ou fatores comuns;

$A =$ matriz ($p \times k$) de coeficientes fixos, denominados cargas fatoriais e;

$\varepsilon = \varepsilon_1, \varepsilon_2, \dots, \varepsilon_p$ o vetor de erros aleatórios (unicidade mais erro).

Tabela 1: Indicadores de desenvolvimento, desigualdade e pobreza.

1. Cobertura vacinal - BCG	15. Horas trabalhadas	29. Número de domicílios pobres
2. Abastecimento de água	16. Pessoas indigentes	30. Índice de Theil
3. Anos de estudo (média)	17. Pessoas pobres	31. Grau informalidade I
4. Número de pessoas pobres	18. Óbitos Infantis	32. Grau informalidade II
5. Número de nascidos vivos	19. Índice de Gini	33. Grau informalidade III
6. Domicílios com esgoto	20. Coleta de lixo	34. Domicílios com água potável
7. Domicílios indigentes	21. Expectativa de vida	35. Consultas por habitante
8. Domicílios pobres	22. Trabalho infantil	36. Cobertura vacinal - Hepatite B
9. Analfabetos de 10 a 14 anos	23. Analfabetos de 15 a 17 anos	37. Frequência escolar de 7 a 14 anos
10. Frequência escolar de 15 a 17 anos	24. Número de médicos por 100 mil habitantes	38. Cobertura vacinal -tríplice viral
11. Domicílios com mais de 2 pessoas por dormitório	25. Número de pessoas indigentes	39. Renda domiciliar <i>per capita</i> dos 10% mais pobres
12. Renda domiciliar <i>per capita</i> dos 50% mais pobres	26. Proporção da população servida por esgoto	40. Número de domicílios indigentes
13. Renda domiciliar <i>per capita</i> (média dos pobres)	27. Razão entre os 10% + ricos e os 40% + pobres	41. Cobertura vacinal - poliomielite
14. Defasagem escolar (10 a 14 anos)	28. Razão entre os 20% + ricos e os 20% + pobres	42. Cobertura vacinal -tetravalente

Fonte: Elaborada pelos autores.

Adicionalmente, foi construído um índice parcial de cada um dos fatores, baseado em Lemos (2000), por meio da equação (2), expressa por:

$$(2) \quad IP_i = (\sum_{j=1}^n F_{ij}^2)^{1/2}$$

Em que IP_i é o índice parcial de cada fator, associado ao i -ésimo estado brasileiro, e F_{ij} são os escores fatoriais estimados, conforme o procedimento dos componentes principais.

Espera-se que os escores associados aos estados tenham distribuição simétrica em torno da média zero. Assim, metade deles apresentará sinais negativos e a outra metade sinais positivos, de modo que os estados com menores índices parciais apresentarão escores fatoriais negativos. A fim de evitar que altos escores fatoriais negativos elevem a magnitude dos índices associados a esses estados, é conveniente inseri-los no primeiro quadrante, c

$$F_{ij} = \frac{F - F_{min}}{F_{max} - F_{min}} \quad (3)$$

Em que F_{min} e F_{max} são os valores máximo e mínimo observados para os escores fatoriais associados aos estados brasileiros.

Por meio desse procedimento, consegue-se alocar todos os escores fatoriais no intervalo fechado entre zero e um. Cabe ressaltar que o IP, definido a partir dos escores fatoriais normalizados, é útil para fazer o *ranking* dos estados brasileiros quanto ao nível de cada fator.

Os escores fatoriais obtidos pelo modelo, posteriormente normalizados e transformados em índices parciais, foram utilizados como variáveis dependentes dos programas sociais na análise em painel, a fim de se avaliar em que medida foram afetados pelos programas. Por fim, foi utilizada a análise de dados em painel, cuja equação geral é a seguinte:

$$Y_{it} = \alpha + \beta X'_{it} + u_{it} \quad (4)$$

Em que: Y = variável de resposta;

X = vetor de variáveis explicativas;

t = período 2004-2007;

i = número de observações 1, 2, ..., 27 (relativo aos estados).

As variáveis de resposta do modelo são os índices parciais dos fatores. As variáveis explicativas compreendem os seguintes programas sociais do governo federal: Auxílio Gás, Bolsa Alimentação, Bolsa Escola, Bolsa Família, Cartão Alimentação, BPC, PAIF e PETI.

As estimações foram feitas pelo modelo de efeitos fixos³.

3.2 Fonte de dados

Os dados referentes aos programas sociais foram extraídos da Matriz de Informação Social (MIS), disponibilizada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), e deflacionados pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), tendo 2004 como ano base. A escolha desse deflator deve-se ao fato de que ele resulta dos índices de preços ao consumidor das famílias com rendimento mensal de 1 a 6 salários mínimos, menor faixa de renda considerada na construção desse tipo de índice e, portanto, que mais se aproxima da renda das famílias atendidas pelos programas sociais do governo federal.

Já os dados relacionados aos indicadores de desigualdade, pobreza e desenvolvimento foram retirados do IPEADATA e do IBGE. Os indicadores referentes à saúde foram obtidos junto ao DATASUS. No

³ Também foram estimados os modelos pooled e de efeitos aleatórios. Porém, por meio dos testes de Hausman, Chow e Breusch-Pagan, cujos detalhes se encontram no capítulo 13 de Greene (2003), verificou-se que os modelos de efeitos fixos se adequam melhor aos dados.

total são 42 variáveis, divididas em sete grupos: vacinação, educação, indigência e pobreza, infraestrutura, trabalho, concentração de renda e saúde. O uso dessas variáveis se justifica pelo fato de que, de modo geral, os programas sociais inseridos neste trabalho têm como objetivo, direto ou indireto, melhorar esses indicadores. Sendo que, para isso, alguns deles, tais como, vacinação, educação e saúde estão relacionados às condicionalidades que as famílias devem cumprir para receber o benefício.

O *software* Stata, versão 10.1, foi utilizado tanto para a realização da análise fatorial como para a análise em painel.

4 Resultados

4.1 Indicadores multidimensionais

Realizados os procedimentos de análise fatorial, via método dos componentes principais, obtiveram-se três fatores a serem utilizados na análise em painel.

Para verificar se a amostra pode ser convertida em fatores, foi aplicado o teste de esfericidade de *Bartlett*, cujo valor foi $1.2e^{+04}$, o que implica que ele foi significativo a 1%, permitindo rejeitar a hipótese nula de que a matriz de correlação é uma matriz identidade, o que inviabilizaria a utilização dos fatores. Para a análise da adequabilidade da amostra, foi realizado o teste de KMO, que apresentou um valor de 0,8461, o que, de acordo com HAIR et al. (1995), permite classificar a adequação entre boa e ótima. Assim, de acordo com ambos os testes, conclui-se que a amostra de dados é passível de ser analisada por meio da análise fatorial.

Além disso, pode-se afirmar que os três fatores obtidos são capazes de diferenciar os 42 indicadores, pois, em conjunto, explicam 73,59% da variância total dos dados. A contribuição individual dos fatores F1, F2 e F3 na explicação da variância total dos indicadores utilizados foi de 48,52%, 16,24% e 8,83%, respectivamente.

Os resultados apresentados na Tabela 2 permitem identificar quais fatores se relacionam com quais variáveis. Ela exibe as cargas fatoriais e apresenta as comunalidades. Pode-se considerar que os fatores são capazes de explicar grande parte da variância de cada série de dados, já que a maior parte das comunalidades são maiores do que 0,7.

Tabela 2: Matriz de carga fatorial dos indicadores nos respectivos fatores e a variância explicada (comunalidade) após a rotação ortogonal dos eixos

Variável	Fator 1	Fator 2	Fator 3	Comunalidade
Analfabetos 10-14 anos	0.7953	0.3985	0.1112	0.8037
Analfabetos 15-17 anos	0.7201	0.4485	0.0519	0.7224
Anos de estudo	-0.8645	-0.142	-0.1044	0.7785
Defasagem escolar 10-14 anos	0.8235	0.2827	0.0176	0.7584
Domicílios c/água potável	-0.8876	-0.1448	0.114	0.8219
Domicílios c/+ 2 pessoas/dormitório	0.5905	-0.1049	-0.4019	0.5212
Domicílios c/ esgoto	-0.6498	0.2007	-0.0404	0.4641
Domicílios indigentes	0.8364	0.4571	-0.0832	0.9155
Domicílios pobres	0.8895	0.3762	-0.0952	0.9419
Frequência escolar 15-17	-0.8614	-0.2614	0.0355	0.8117

Frequência escolar 7-14	-0.6759	-0.2493	0.0633	0.5229
Grau informalidade I	0.8998	0.1312	0.1373	0.8458
Grau informalidade II	0.9040	0.1478	0.1373	0.8579
Grau informalidade III	0.9056	0.1479	0.1209	0.8566
Horas trabalhadas	-0.6841	-0.3309	0.0041	0.5776
Pessoas indigentes	0.8136	0.5037	-0.0279	0.9164
Pessoas pobres	0.8490	0.4412	-0.0205	0.9159
Número de domicílios indigentes	0.8437	0.4580	-0.0897	0.9297
Número de domicílios pobres	0.8871	0.3792	-0.0861	0.9381
Número de pessoas indigentes	0.8454	0.4428	-0.1174	0.9246
Número de pessoas pobres	0.8925	0.3553	-0.1232	0.938
Renda domiciliar per capita 10% +pobres	-0.8153	-0.4132	0.0603	0.8392
Renda domiciliar per capita (média pobres)	-0.4547	-0.3478	-0.1136	0.3406
Coleta de lixo	-0.8665	-0.0991	0.0622	0.7646
Expectativa de vida	-0.8382	-0.3236	0.0343	0.8084
Trabalho infantil	0.7173	-0.0548	0.0582	0.5209
Número de médicos por 100mil habitantes	-0.7823	0.2982	0.0647	0.7052
Consultas por habitante	-0.6134	0.2569	0.1506	0.4649
Abastecimento de água	-0.6450	0.2565	0.0772	0.4878
Proporção da população servida por esgoto	-0.6428	0.1986	-0.0428	0.4545
Número de nascidos vivos	0.5967	-0.0117	-0.4013	0.5173
Óbitos infantis	0.7528	0.0083	-0.3058	0.6603
Índice de Gini	0.3278	0.8921	-0.0299	0.9043
Índice de Theil	0.4276	0.7863	0.0616	0.8049
Razão 10% +ricos/ 40%+pobres	0.2463	0.9104	-0.0638	0.8935
Razão 20% + ricos/ 20%+pobres	0.1899	0.8812	-0.0982	0.8223
Renda dom. (50% +pobres)	-0.2445	-0.8949	0.0966	0.8700
Cobertura vacinal - tríplice viral	0.2618	-0.0399	0.6046	0.4356
Cobertura vacinal - hepatite B	-0.1275	-0.0368	0.9212	0.8662
Cobertura vacinal - BCG	0.3638	-0.0338	0.4080	0.3000
Cobertura vacinal - poliomielite	0.0259	-0.0338	0.8730	0.7639
Cobertura vacinal - tetravalente	-0.0398	-0.1352	0.9493	0.9211

Fonte: Elaborada pelos autores.

O primeiro fator (F1) está relacionado com variáveis educacionais, de trabalho e de infraestrutura. Além disso, engloba algumas variáveis de renda e de saúde. Ele encontra-se negativamente relacionado às variáveis anos de estudo, frequência escolar, domicílios com água potável e esgoto, horas trabalhadas, renda domiciliar *per capita* dos pobres, coleta de lixo, expectativa de vida, número de médicos e de consultas e abastecimento de água. Por isso, o Fator 1 pode ser denominado Índice de Subdesenvolvimento Econômico, pois quando os valores desses indicadores aumentam, o índice torna-se menor. Portanto, é desejável que o Índice se reduza. E espera-se que, com a adoção e a ampliação dos programas sociais, esses indicadores se elevem. Dessa forma, essas variáveis podem ser consideradas pró-desenvolvimento.

Por outro lado, quando os valores das variáveis com sinal positivo apresentam crescimento, o Índice de Subdesenvolvimento Econômico se eleva, indicando piora no nível de desenvolvimento econômico.

As variáveis que apresentam sinal positivo são: número de analfabetos, defasagem escolar, domicílios indigentes e pobres, os graus de informalidade, número de pessoas e de domicílios indigentes e pobres, trabalho infantil e óbitos infantis. Tais variáveis podem ser consideradas anti-desenvolvimento. E, diante dos programas sociais, espera-se que tenham seus valores reduzidos.

O segundo fator (F2) abrange variáveis ligadas à concentração/distribuição de renda, como os índices de Theil e de Gini, razões de renda e a renda domiciliar apropriada pelos 50% mais pobres. Assim, esse fator pode ser denominado Índice de Concentração de Renda. Apenas o percentual da renda domiciliar apropriada pelos 50% mais pobres está relacionado negativamente ao fator, ou seja, quando esse percentual se eleva, o Índice de Concentração de Renda diminui. Logo, essa variável é redutora da concentração de renda. Quando o Índice de Gini e de Theil e as razões 10% mais ricos/40% mais pobres e 20% mais ricos/20% mais pobres crescem, o Índice de Concentração de Renda aumenta, levando a uma piora do indicador. Portanto, essas variáveis são concentradoras de renda. Com a inserção dos programas sociais no país, acredita-se que a concentração de renda diminua.

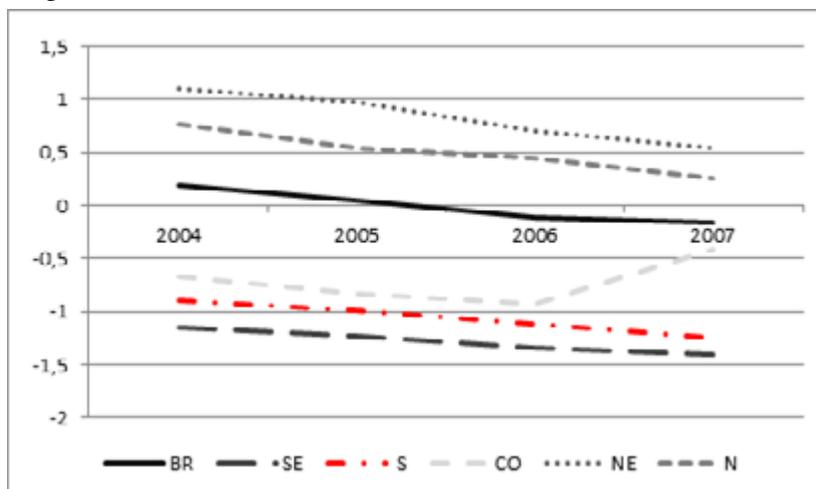
O terceiro fator trata-se exclusivamente da cobertura vacinal, incluindo diversos tipos de vacinas disponibilizadas para a população. Todas as variáveis estão relacionadas positivamente a F3. Com isso, à medida que a cobertura de cada uma das vacinas incorporadas ao modelo se eleva, o Índice de Cobertura Vacinal também cresce, o que demonstra uma melhoria do indicador. E, como uma das condicionalidades de alguns dos programas sociais abordados é a vacinação das crianças, espera-se que eles ampliem a cobertura vacinal no país.

4.2 Comportamento dos indicadores multidimensionais nas regiões brasileiras

Conforme discutido anteriormente, os fatores 1 e 2 são socialmente melhores quanto menores forem seus valores, enquanto o fator 3 é melhor quanto maior for seu valor.

O fator 1 apresentou uma trajetória decrescente para o Brasil no período analisado, o que indica uma melhoria dos indicadores nele contidos. Com relação às regiões brasileiras, o Nordeste e o Norte, apesar de terem avançado entre os anos de 2004 e 2007, apresentaram indicadores bem maiores do que os das demais regiões.

Figura 1: Comportamento do Índice de Subdesenvolvimento Econômico (Fator 1) para o Brasil e as regiões brasileiras, no período 2004-2007.



Fonte: Elaborada pelos autores.

A região Centro-Oeste apresentou uma pequena queda dos valores entre 2004 e 2006, mas, em 2007, o indicador regrediu significativamente, embora situando-se em posição melhor que o Brasil. Como

mostra a Figura 1, apenas o Índice de Subdesenvolvimento Econômico das regiões Norte e Nordeste possuem valores maiores que os do Brasil. A região Sudeste é a que possui valores menores.

O Fator 2, como visto, está relacionado a variáveis de concentração de renda. E, de acordo com a Figura 2, a região Sul é a que possui menor concentração de Renda no Brasil, ao contrário do Nordeste, que apresenta a maior concentração.

Analisando o Brasil como um todo, houve uma pequena queda da concentração de renda no período analisado, mesmo comportamento apresentado pela região Centro-Oeste e Sudeste. Sendo que no Sudeste a concentração apresentou um leve aumento de 2004 para 2005, mas logo se recuperou e assumiu uma trajetória de queda. Já a região Norte, embora tenha apresentado uma redução considerável entre 2004 e 2006, retrocedeu quase ao mesmo ponto de 2004, em 2007.

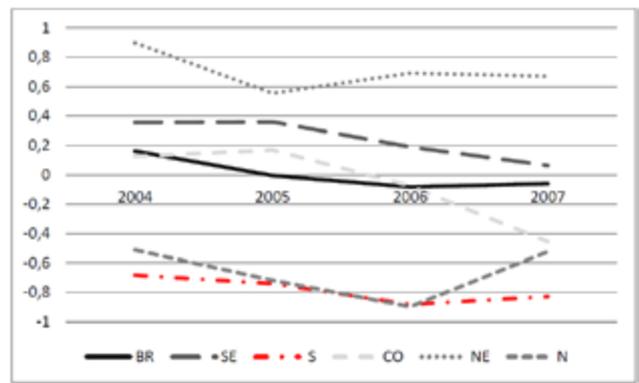


Figura 2: Comportamento do Índice de Concentração de Renda (Fator 2) no Brasil e suas regiões, entre 2003 e 2007
 Fonte: Elaborada pelos autores.

A Figura 3 mostra o comportamento do Fator 3, que, ao contrário dos demais fatores, é considerado melhor quanto maior for seu valor.

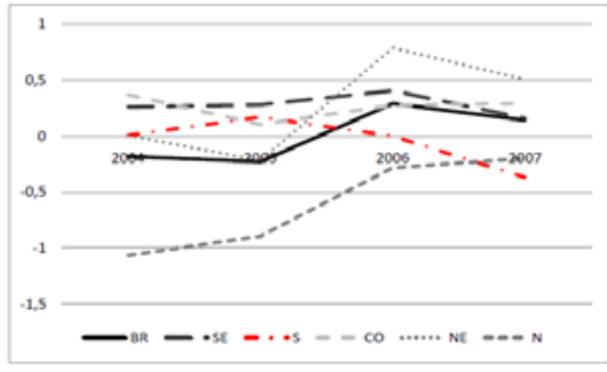


Figura 3: Comportamento da Cobertura Vacinal no Brasil e suas regiões no período de 2003 a 2007.
 Fonte: Elaborada pelos autores.

A Figura 3 indica que, no Brasil, houve um aumento considerável da cobertura vacinal entre 2005 e 2006, mas em 2007 ela sofreu uma leve queda. O que se tem verificado é que o governo federal e o Ministério da Saúde têm ampliado a política de vacinação, estabelecendo metas cada vez mais ambiciosas, no sentido de vacinar um número de pessoas cada vez maior até que se alcance os 100%.

A única região que apresentou tendência de queda da cobertura vacinal no período analisado foi a região Sul. O Norte possuía a pior cobertura até 2006, o que pode dever-se ao difícil acesso a algumas localidades da região, visto que só é possível chegar a muitas comunidades por meio de barcos ou pela floresta, caso de comunidades indígenas.

4.3 Ranking dos estados brasileiros

A partir dos Índices Parciais (IP) de cada fator foi feito um *ranking* dos estados quanto aos índices de Subdesenvolvimento Econômico, Concentração de Renda e Cobertura Vacinal, que se encontra na Tabela 3.

Tabela 3: Ranking dos estados brasileiros para os fatores

F1-Índice de Subdesenvolvimento Econômico			F2-Índice de Concentração de Renda		F3-Índice de Cobertura Vacinal	
Posição	Estado	IP	Estado	IP	Estado	IP
1º	Maranhão	1.826	Distrito Federal	1.318	Espírito Santo	1.733
2º	Piauí	1.67	Alagoas	1.311	Goiás	1.715
3º	Pará	1.609	Piauí	1.248	Pará	1.703
4º	Alagoas	1.565	Pernambuco	1.206	Pernambuco	1.64
5º	Acre	1.451	Rio Grande do Norte	1.189	Maranhão	1.53
6º	Bahia	1.42	Paraíba	1.164	Paraíba	1.504
7º	Ceará	1.418	Rio de Janeiro	1.141	Ceará	1.448
8º	Paraíba	1.371	Maranhão	1.071	Rio de Janeiro	1.428
9º	Pernambuco	1.366	Sergipe	1.006	Sergipe	1.403
10º	Tocantins	1.319	Ceará	0.998	Mato Grosso	1.396
11º	Amapá	1.226	Acre	0.996	Santa Catarina	1.39
12º	Amazonas	1.211	Roraima	0.937	Tocantins	1.327
13º	Sergipe	1.181	Espírito Santo	0.934	Bahia	1.323
14º	Rondônia	1.131	São Paulo	0.911	Piauí	1.322
15º	Roraima	1.119	Bahia	0.906	Rio Grande do Norte	1.318
16º	Rio Grande do Norte	1.11	Minas Gerais	0.817	Mato Grosso do Sul	1.274
17º	Mato Grosso	0.968	Paraná	0.802	Paraná	1.271
18º	Goiás	0.81	Rio Grande do Sul	0.675	São Paulo	1.208
19º	Mato Grosso do Sul	0.81	Mato Grosso do Sul	0.664	Minas Gerais	1.202
20º	Espírito Santo	0.629	Tocantins	0.654	Rondônia	1.179
21º	Rio Grande do Sul	0.605	Goiás	0.641	Distrito Federal	1.168
22º	Minas Gerais	0.602	Amazonas	0.62	Rio Grande do Sul	1.146
23º	Paraná	0.563	Rondônia	0.602	Alagoas	1.084
24º	Santa Catarina	0.501	Mato Grosso	0.498	Amapá	1.075
25º	Distrito Federal	0.348	Amapá	0.382	Acre	0.915
26º	Rio de Janeiro	0.34	Pará	0.366	Roraima	0.832
27º	São Paulo	0.246	Santa Catarina	0.284	Amazonas	0.747

Fonte: Resultados da pesquisa.

De acordo com o IP de Subdesenvolvimento Econômico, que varia de 0,246 a 1,826, os onze estados que apresentam o melhor IP são da região Sul, Sudeste e Centro-Oeste, ou seja, os estados das regiões consideradas mais ricas do país. São Paulo, Rio de Janeiro e Distrito Federal podem ser considerados os estados mais desenvolvidos economicamente, com base nesses dados. Já as dezesseis últimas colocações são atribuídas aos estados da região Norte e Nordeste, as regiões mais pobres do país. Os estados com pior Índice de Subdesenvolvimento Econômico são Pará, Piauí e Maranhão.

Com relação ao Índice de Concentração de Renda, Santa Catarina se destaca por possuir a menor concentração. Além desse, Pará e Amapá também possuem baixa concentração. Já Piauí, Alagoas e o Distrito Federal são os estados onde a renda é mais concentrada.

Observa-se que a concentração de renda pode ocorrer tanto em estados relativamente pobres, como Piauí e Alagoas, como em estados relativamente ricos, como o Distrito Federal. O inverso também se verifica: tanto estados relativamente ricos como pobres podem apresentar renda pouco concentrada. Isso confirma o fato de a riqueza de um estado não se refletir necessariamente na riqueza de seus habitantes, já que essa renda pode estar concentrada na mão de poucos. Assim, o ideal seria que todos os estados estivessem no patamar de Santa Catarina, que é um estado relativamente rico da federação e apresenta um baixo nível de concentração de renda, isso é, sua renda alta é distribuída mais igualitariamente entre seus habitantes.

Por último, tem-se o Índice Parcial de Cobertura Vacinal, que varia de 0,747 a 1,733. Observa-se que dos dez estados com melhor cobertura, cinco são da região Nordeste, o que se justifica pelo grande número de beneficiários do Bolsa Família nessa região, visto que a vacinação das crianças é uma das condicionalidades do programa. Os estados em que a cobertura vacinal é menor são Acre, Roraima e Amazonas. Esses estados possuem muitas comunidades e tribos cujo acesso se dá apenas por meio dos rios ou pela mata, o que dificulta o trabalho de vacinação.

4.4 Impacto dos programas sociais sobre os indicadores multidimensionais

Após a obtenção dos fatores e sua normalização, pode-se, então, verificar como eles são afetados pelos programas sociais.

Os procedimentos de estimação do modelo *pooled*, de efeitos fixos e aleatórios foram executados considerando os programas sociais Auxílio Gás, Bolsa Alimentação, Bolsa Escola, Bolsa Família, Cartão Alimentação, BPC, PETI e PAIF.

Com o intuito de analisar a adequação dos modelos, foi feito o teste de Wooldridge, para verificar se existe correlação serial nos dados, o qual indicou ausência de correlação. Realizou-se, ainda, o teste de Wald para verificar se as variâncias são diferentes entre os grupos de dados, pois, caso não fossem, as regressões seriam inviabilizadas. Contudo, a hipótese de que as variâncias são iguais foi rejeitada para todas as regressões.

Para se optar entre os modelos de efeitos fixos e *pooled* foi feito o teste de Chow. De acordo com o teste de Chow, para todas as estimações, a hipótese de que o melhor modelo é o *pooled* foi rejeitada, o que implica que o modelo de efeitos fixos é o mais apropriado para os dados. Um dos motivos que possivelmente leva a isso é a heterogeneidade dos estados brasileiros, visto que há uma diferença muito grande no número de habitantes e de beneficiários dos programas e no nível de desenvolvimento dos estados. Além disso, há diversos outros fatores sociais e econômicos que fazem com que tratar os 27 estados brasileiros sem distinção não seja o procedimento mais adequado. Outra questão importante a ser considerada é que, ao longo do período em análise, o volume de recursos destinados aos programas

sociais se elevou consideravelmente, o que também torna inapropriado a utilização de um modelo que não faz distinção de tempo (*pooled*)⁴.

Em seguida, foi realizado o teste de Hausman, que permite escolher entre os modelos de efeitos fixos e aleatórios. Os resultados indicaram que, para a regressão com do Índice de Subdesenvolvimento Econômico, o modelo de efeitos fixos é o mais adequado. Já para a regressão do Índice de Concentração de Renda, o teste não permitiu concluir qual dos modelos é mais adequado. Assim, optou-se por apresentar o resultado do modelo de efeitos fixos, dado que se está trabalhando com a totalidade dos estados brasileiros. Com relação ao Índice de Cobertura Vacinal, o teste mostrou que o modelo de efeitos aleatórios explica melhor os dados.

Os resultados dessas regressões encontram-se nas Tabelas 4, 5 e 6, respectivamente.

Cabe ressaltar que os fatores assumem valores entre 0 e 1, o que contribui para que os valores dos coeficientes sejam muito pequenos. Contudo, pode-se analisar o sinal desses coeficientes e a sua significância estatística.

Tabela 4: Resultados do modelo de efeitos fixos para o Índice de Subdesenvolvimento Econômico

Programa	Coefficiente
Auxílio Gás	-1,15e ⁻⁰⁹ NS (3,10e ⁻⁰⁹)
Bolsa Alimentação	3,42e ⁻⁰⁸ *** (1,30e ⁻⁰⁸)
Bolsa Escola	-1,85e ⁻⁰⁹ NS (1,94e ⁻⁰⁹)
Bolsa Família	-3,06e ⁻¹⁰ * (1,58e ⁻¹⁰)
BPC	3,31e ⁻¹⁰ ** (1,44e ⁻¹⁰)
Cartão Alimentação	-5,04e ⁻⁰⁹ * (2,91e ⁻⁰⁹)
PAIF	-1,23e ⁻⁰⁸ *** (3,58e ⁻⁰⁹)
_cons	0,6039*** (3,58e ⁻⁰⁹)

***Significativo a 1%. **Significativo a 5%. *Significativo a 10%. NS = Não Significativo. Os erros-padrão são apresentados entre parênteses.

Fonte: Elaborada pelos autores.

Pode-se constatar que os programas que tendem a melhorar o Índice de Subdesenvolvimento Econômico são Bolsa Família, Cartão Alimentação e PAIF, sendo que os programas que mais afetam esse índice são os dois últimos, se medidos na mesma escala. Pois, se houvesse um aumento em R\$1 milhão nos recursos destinados ao Cartão Alimentação e ao PAIF, o Índice de Subdesenvolvimento Econômico sofreria uma redução de 0,00504 e 0,0106, respectivamente. Já com relação ao PBF, pode-se considerar uma escala maior⁵, de modo que um aumento de R\$1 bi dos gastos com o PBF levaria

4 Também foi realizado o teste Breusch e Pagan, que é um teste LM, a fim de se escolher entre o modelo pooled e o de efeitos aleatórios. Os resultados indicaram que, para todas as regressões, o modelo de efeitos aleatórios é preferível ao modelo pooled.

5 Essa diferença na escala dos valores explica-se pelo fato de que o governo federal destina uma quantia muito maior de recursos

a uma queda de 0,336 no Índice de Subdesenvolvimento Econômico. O que significa uma melhora significativa do índice, pois levaria à ampliação do desenvolvimento econômico do país. Considerando-se que em 2006 o montante destinado ao PBF era de R\$7 bi e em 2012 esse montante chegou a R\$ 21bi, dever-se-ia ter observado um desenvolvimento econômico no país de forma considerável. De qualquer forma, é evidente que houve avanço nos indicadores inseridos no índice, no entanto, outras variáveis não consideradas neste trabalho limitaram os efeitos do programa.

Por outro lado, os programas Bolsa Alimentação e BPC são redutores do desenvolvimento. O Bolsa Alimentação pode não apresentar efeitos positivos sobre esse índice porque dentre as suas condicionalidades não há nenhuma que afete diretamente esse Índice⁶. Além disso, na ausência de programas sociais, o valor do Índice seria 0,6039, que é um valor bastante elevado, dado que quanto menor esse valor, maior seria o grau de desenvolvimento econômico e também que o índice varia entre 0 a 1.

Tabela 5: Resultados do modelo de efeitos fixos para o Índice de Concentração de Renda

Programa	Coefficiente
Auxílio Gás	4,37e-09 NS (6,31e-09)
Bolsa Alimentação	5,69e-09 NS (2,64e-08)
Bolsa Escola	-1,21e-09 NS (3,95e-09)
Bolsa Família	8,29e-11 NS (3,22e-10)
BPC	-6,08e-11 NS (3,92e-10)
Cartão Alimentação	2,33e-11 NS (5,92e-09)
PAIF	2,99e-09 NS (7,28e-09)
_cons	0,3713*** (0,0954)

***Significativo a 1%. **Significativo a 5%. *Significativo a 10%. NS = Não Significativo. Os erros-padrão são apresentados entre parênteses.

Fonte: Elaborada pelos autores.

O Índice de Concentração de Renda (fator 2) é considerado melhor à medida que seu valor diminui. Pode-se concluir que os programas Bolsa Escola e BPC, embora possuam sinal negativo, portanto devendo afetar positivamente esse indicador, tornando-o melhor, não são significativos. Os programas Auxílio Gás, Bolsa Alimentação, Bolsa Família, Cartão alimentação e PAIF também não são significativos. Apenas o termo constante é significativo, apresentando valor de 0,3713, o que indica que, se o valor destinado aos programas sociais fosse zero, o Índice de Concentração de Renda seria relativamente baixo, visto que quanto mais perto de zero melhor. Entretanto, como os coeficientes dos programas

ao PBF do que para os demais programas, de modo que a probabilidade de que haja um aumento de R\$1 bi no PBF é semelhante à probabilidade de aumento de R\$1mi nos outros.

6 Outro fato que pode ajudar a explicar esse efeito do Bolsa Alimentação é que, no período analisado, os recursos destinados a esse programa foram decrescentes, pois, em 2003, ele foi integrado ao Bolsa Família e continuou sendo pago apenas aos que não atendiam os pré-requisitos do PBF.

não são significativos, nada se pode afirmar sobre os efeitos dos programas sociais sobre o Índice de Concentração de Renda. Esses resultados vão de encontro aos apresentados por Soares et al. (2006), que afirmaram que tanto BPC quanto o PBF são redutores da desigualdade.

Tabela 6: Resultados do modelo de efeitos aleatórios para o Índice de Cobertura Vacinal

Programa	Coefficiente
Auxílio Gás	1,49e-08** (7,00e-09)
Bolsa Alimentação	6,43e-08** (2,64e-08)
Bolsa Escola	-1,24e-08*** (4,04e-09)
Bolsa Família	4,76e-10** (2,06e-10)
BPC	-1,70e-10 NS (41,52e-10)
Cartão Alimentação	-7,71e-09 NS (4,86e-09)
PAIF	-6,16e-09 NS (7,85e-09)
_cons	0,6360*** (0,0457)

***Significativo a 1%. **Significativo a 5%. *Significativo a 10%. NS = Não Significativo. Os erros-padrão são apresentados entre parênteses. Fonte: Elaborada pelos autores.

Quanto à cobertura vacinal (fator 3), os programas sociais Auxílio Gás, Bolsa Alimentação e Bolsa Família favorecem a melhoria desse indicador, sendo que se fossem destinados R\$100.000,00 a mais para esses programas, o Índice de Cobertura Vacinal aumentaria 0,00149; 0,00643 e; 0,0000476, respectivamente. Por outro lado, o Bolsa Escola apresentou efeito redutor sobre o Índice de Cobertura Vacinal, o que pode ser atribuído ao fato de que esse programa atendia crianças acima de 6 anos, para as quais as exigências de vacinação são menores⁷. Além disso, o valor do índice, na ausência de programas sociais, é 0,6360, ou seja, apenas 63,60% da população que deveria estar sendo vacinada no Brasil está, de fato, recebendo a vacina. Cabe ressaltar que os únicos programas que exigem que as crianças sejam vacinadas são o Bolsa Alimentação e o Bolsa Família. Assim, os demais programas que, por ventura, vierem a contribuir para o aumento da cobertura vacinal estão apresentando uma externalidade positiva, dado que não possuem essa condicionalidade.

5 Conclusão

Os programas de transferência de renda têm sido uma solução encontrada por muitos países para reduzir a pobreza e a desigualdade e melhorar os indicadores de desenvolvimento social. No Brasil, esses programas têm recebido muita atenção nos últimos anos. Assim, diante da importância que se tem atribuído aos programas sociais, este trabalho teve como propósito estudar como eles têm impactado na pobreza, na desigualdade e no desenvolvimento no Brasil.

Para tal, foram obtidos, a partir de 42 variáveis selecionadas de pobreza, desigualdade e desenvolvimento, três fatores por meio da Análise Fatorial, quais sejam: Índice de Subdesenvolvimento Econômico; Índice de Concentração de Renda e Índice de Cobertura Vacinal.

⁷ A essa questão adiciona-se o fato de que, a partir de 2003, esse programa foi inserido no Bolsa Família, o que fez com que apenas as pessoas que não migraram de programa continuassem recebendo os benefícios do Bolsa Escola. Com isso, os seus efeitos podem ter sido distorcidos.

A análise desses fatores mostrou que os dois primeiros são melhores à medida que seus valores se reduzem, enquanto o último (Cobertura Vacinal) é melhor conforme seu valor aumenta. Assim, o Índice de Subdesenvolvimento Econômico indicou que as regiões mais desenvolvidas do país são as regiões Sul e Sudeste, em detrimento das regiões Norte e Nordeste. Isso vai ao encontro de diversos estudos que apontam essa classificação quanto ao desenvolvimento das regiões brasileiras. O Índice de Concentração de Renda mostrou que a região Nordeste ainda é a região onde a desigualdade de renda é mais acentuada no país. Quanto à cobertura vacinal, ela se revelou melhor e mais constante nas regiões Centro-Oeste e Sudeste.

De posse desses fatores, foi realizada uma análise de dados em painel para verificar como esses indicadores são afetados por oito programas sociais vigentes no Brasil no período de 2004 a 2007.

Para o Índice de Subdesenvolvimento Econômico, verificou-se que o Bolsa Família, o Cartão Alimentação e o PAIF fazem com que o índice melhore. Já para o Índice de Concentração de Renda nenhum dos coeficientes se mostrou estatisticamente significativo. E o Índice de Cobertura Vacinal se amplia diante do Auxílio Gás, Bolsa Alimentação e Bolsa Família.

De modo geral, pode-se afirmar que alguns programas sociais têm contribuído para que os indicadores de desenvolvimento econômico melhorem e para melhorar a cobertura vacinal. Por outro lado, os programas analisados não apresentaram significância estatística na redução da desigualdade de renda.

Ressalta-se, contudo, que, em 2003, antes dos programas sociais passarem a receber maior relevo pelo governo federal, o número de pobres no país era de aproximadamente 61 milhões e de extremamente pobres, 26 milhões. Em 2009, esses números passaram para 39 milhões e 15,5 milhões, respectivamente. Sendo esses programas eficazes na redução da pobreza, o que se recomenda é que eles estejam em contínuo aperfeiçoamento para que, cada vez mais, haja uma maior focalização, de modo que os benefícios supram as necessidades das famílias atendidas. Além disso, são indispensáveis estudos permanentes que identifiquem os grupos vulneráveis da sociedade e o direcionamento dos programas sociais para esses grupos.

No entanto, os critérios usados para a definição de pobres e extremamente pobres precisa ser revista pelo governo brasileiro, de modo que seja coerente, ao menos, com o montante diário definido pela ONU para que o indivíduo consiga sobreviver.

Contudo, não se pode deixar de mencionar que existem diversos outros fatores que contribuem para a redução da pobreza e para a melhoria dos indicadores de desenvolvimento. O crescimento econômico, as políticas de ampliação de emprego, a queda das taxas de juros e da inflação, o aumento real do salário mínimo e a evolução das instituições também devem ser considerados no cômputo das melhorias constatadas nos últimos anos no que se refere a essas questões.

Referências

- CACCIAMALI, M. C. e CAMILLO, V. S. Redução da desigualdade da distribuição de renda entre 2001 e 2006 nas macrorregiões brasileiras: tendência ou fenômeno transitório? **Economia e Sociedade**, v. 18, n. 2 (36), p.287-315, ago. 2009.
- COSTA, A. A. B. da; SALVATO, M. A. Análise Contrafactual do Programa de Transferência de Renda Bolsa Família para o período 2004-2006. 2008. Disponível em: http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2008/D08A098.pdf. Acesso em: 15 jun. 2010.
- CURY, S.; et al. The Impacts of Income Transfer Programs on Income Distribution and Poverty in Brazil: An Integrated Microsimulation and Computable General Equilibrium Analysis. São Paulo: FGV, mimeo. 2010
- GREENE, W. **Econometric Analysis**. 5th ed. New Jersey, Prentice Hall. 2003.

GUEDES, G.R. e ARAÚJO, T.F. Avaliação do impacto do aumento da cobertura do programa Benefício de Prestação Continuada (BPC) sobre a pobreza e a desigualdade entre o grupo de idosos e os elegíveis não atendidos. **Anais do XXXV Encontro Nacional de Economia**, Anpec, 2007.

HAIR, J.F.; ANDERSON, R.E.; TATHAM, R.L.; BLACK, W.C. *Multivariate Data Analysis: With Readings*. Prentice Hall, New Jersey, 1995.

JUSTO, C. R. D. M. **Política de transferência de renda e cidadania no Brasil**: Implicações político-sociais dos Programas Municipais de Renda Mínima a partir dos Estudos Comparativos dos Casos de Campinas, Jundiaí, Santo André e Santos (1995-2006). Campinas, 2007. 424p. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas.

LEMOS, J.J.S. Indicadores de Degradação no Nordeste Sub-úmido e Semi-árido. **Revista SOBER**, 2000, p.1-10.

MINGOTI, S. A. Análise de dados através de métodos de estatística multivariada: uma abordagem aplicada. Belo Horizonte: Editora da UFMG; 2005.

MOREIRA, G.R.C. **Políticas sociais, desigualdades pessoais e regionais da renda no Brasil: uma análise de insumo-produto**. Piracicaba, 2007. 96p. Dissertação (Mestrado) – Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz (ESALQ), Universidade de São Paulo.

ROCHA, S. Impacto sobre a pobreza dos novos programas federais de transferência de renda. **Revista Economia Contemporânea**, v. 9, n. 1, p. 153-185, jan./abr. 2005.

SCHWARTZMAN, S. Redução da desigualdade, da pobreza, e os programas de transferência de renda. Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade, versão 3, 13 de fev. 2006.

SOARES, F. V. et al. **Programas de transferências de renda no Brasil**: impactos sobre a desigualdade e a pobreza. Centro Internacional de Pobreza (IPC/Pnud/Ipea), 2006.

Agradecemos à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) pelo financiamento da pesquisa.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
E A CONTEXTUALIZAÇÃO DO
TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDE-
RAL DE 1988: MUTAÇÃO CONSTI-
TUCIONAL**

Constitutional jurisdiction and
the 1988 Constitution of Brazil:
constitutional mutation

Eduardo Sadalla Bucci

A jurisdição constitucional e a contextualização do texto da constituição federal de 1988: mutação constitucional

Constitutional jurisdiction and the 1988 Constitution of Brazil: constitutional mutation

Eduardo Sadalla Bucci*

Resumo

O presente artigo visa explorar a questão da chamada mutação constitucional, questão tratada tradicionalmente como alteração informal da constituição, isto é, sem interferência do Poder Legislativo na construção do direito. Nesse sentido, para abordar tal tema, fez-se necessário delimitar o Direito, traçando-o como uma arte alográfica, no sentido de que a norma é resultado da interpretação do texto, trazendo as possibilidades e limitações que desta afirmação decorrem. Após, perquiriu-se acerca da finalidade da jurisdição constitucional, encontrando a resposta de ser um fator de estabilização constitucional. Portanto, exerce papel político decisivo na manutenção do Estado. Sob essas premissas, revisitou-se o tema que alterna entre duas vertentes: i) poder reformador; ii) interpretação constitucional. A primeira teoria afirma que a mutação constitucional se coloca por uma alteração informal da Constituição, prescindindo de alteração do texto. No entanto, a segunda colocação mostra que a alteração não é da Constituição, e sim da sua compreensão, portanto, não pode ser tida como mutação constitucional, mas alteração da contextualização de seu texto. Conclui-se que inexistente, de fato, a alteração da constituição pela “mutação constitucional”, já que este termo cinge-se à interpretação que cria uma norma diferente da que outrora surgiu, no entanto, tal expressão deve continuar a ser utilizada, ante a sua ampla difusão ocorrida através dos anos, contudo, com um novo significado, este adequado às premissas do constitucionalismo contemporâneo.

Palavras-chaves: Mutação constitucional; Jurisdição constitucional; direito alográfico; poder reformador informal; hermenêutica constitucional.

Abstract

This article aims to explore the issue of the constitutional mutation, which has been traditionally considered an informal amendment of the constitution, which means, without the interference of the Legislature in the creation of the law. On this perspective, it is necessary to delimitate the sign Law, designing it as an allographic art, meaning that the norm is the result of the interpretation of the text, which brings the possibilities and limitations that stem from this affirmation. Then, there is a discussion on the goal of the constitutional jurisdiction, finding that it is a factor for the

Recebido em 13.03.2014

Aprovado em 14.05.2014

* Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (2014). Pós-graduado lato sensu em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2011). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2008). Procurador da Fazenda Nacional (2013). Email: esbucci@hotmail.com

constitutional stabilization and , therefore, has a decisive political role on the maintenance of the State. Under these premises, the theme has been revisited, switching between two directions: i) the reforming power; ii) constitutional interpretation. The first theory states that the constitutional mutation presents as an informal amendment of the Constitution, regardless of the text change. On the other hand, the second shows that it is not a change on the Constitution itself, but on its comprehension, therefore, it cannot be understood as a constitutional mutation, but only as a change in the contextualization of its text. It is concluded that non-existent, in fact, the change of the constitution by “constitutional mutation,” since the term is confined to the interpretation that creates a different standard that once emerged. However, such expression should continue to be used, for its wide dissemination occurred through the years, nevertheless, with a new meaning, adequate to the premises of the contemporary constitutionalism

Keywords: Constitutional mutation; Constitutional Jurisdiction; allographic law; informal reforming power, constitutional hermeneutics

Introdução

O presente artigo pretende estudar o fenômeno da chamada mutação constitucional, consistente na contextualização da Magna Carta por via da atividade interpretativa da Corte de Cúpula. Origina-se em razão da velocidade das mudanças no contexto da sociedade contemporânea, tão dinâmica que escapa à percepção do poder constituinte reformador. Discorre-se, ainda, quanto à possibilidade de alteração formal do texto da Constituição Federal por tal via.

Neste viés, não é a realidade que deve se conformar com a teoria, mas esta àquela. O Direito não serve para alterar o mundo fenomênico de maneira arbitrária, tão pouco abrupta. Estes acontecimentos são relegados aos golpes e revoluções, que são poderes fáticos e não jurídicos.

Assim, diante da deliberada inércia ou ignorância da realidade fática pelo legislador, novos sentidos são amoldados à Constituição Federal por intermédio da Corte Suprema, que, a despeito de realizar atividade interpretativa, altera o próprio sentido do texto da Lei Maior.

Esta atuação, dita “criacionista”, vem causando certo desconforto no Poder Legislativo e na doutrina clássica, questão que se coloca importante, mormente pela teoria da tripartição do poder.

Para a elaboração deste estudo, compreende-se que primeiro se deve delimitar o que seja Direito e, após, traçar-se os fundamentos e limites da jurisdição constitucional, para, por fim, analisar-se o fenômeno da dita mutação constitucional.

Direito é alográfico

Para a construção de um raciocínio mister, faz-se necessário traçar as premissas que o embasarão. Alicerceia-se essa construção tomando como aceitável¹ que o Direito é alográfico, constitui-se em um verdadeiro discurso dialético, embora não seja livre de controvérsias.

1 “Aristóteles distinguia quatro tipos de discursos: poético, retórico, dialético e analítico. O discurso poético parte do gosto ou dos hábitos mentais e imaginativos do público para alcançar um resultado, desenvolve-se no âmbito das possibilidades. [...] o discurso retórico parte das convicções atuais do público, de seus sentimentos e temores, desenvolve-se no âmbito da verossimilhança. [...] o discurso dialético parte de premissas que são mais ou menos certas e aceita por um público homogêneo, desenvolve-se no âmbito da probabilidade e está essencialmente comprometido com a busca da verdade, da melhor solução possível [...]; guia-se pela razão e conta com a boa-fé dos debatedores que são capazes de admitir o erro e aceitar o melhor argumento, desde que estejam racionalmente convencidos [...]. Por fim, o discurso analítico ou lógico-formal parte de premissas tidas como absolutamente certas e permanece jungido a essas premissas por meio de um raciocínio silogístico. [Este tipo] busca uma certeza apodíctica, desenvolve-se no âmbito da necessidade. [...] O discurso dialético é o principal responsável pela evolução do conhecimento, pela fixação de *standards*. O discurso analítico funciona apenas como instância de validação.” JORGE NETO, 2008, p. 106-108

Segundo o dicionário Houaiss, o termo alográfico é relativo ao vocábulo “alógrafo”, que significa “documento escrito por alguém em nome de outra pessoa”. Em contraposição, o signo autográfico pode ser compreendido como a produção de algo por alguém em seu próprio nome.

Neste aspecto, o Direito é alográfico, isto é, a norma é resultado da interpretação do texto, e este engloba tanto as regras positivadas, como os princípios adotados de forma explícita e implícita pelo sistema como um todo (não se interpreta o direito em tiras²):

O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete.

Mas o ‘sentido expressado pelo texto’ já é algo novo, distinto do texto. É a norma.

As normas resultam da interpretação, que se pode descrever como um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo.

O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, ele produz a norma.

Abrangendo textos e fatos, a interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; isto é, opera a sua inserção na vida.”³

Em razão disso, o Direito não se esvai no direito positivo, mas antes o engloba, sendo um de seus componentes. O texto — direito positivo — é um dos elementos — e não o único — de embasamento do aplicador/intérprete do Direito, que dele deve extrair o seu significado, para realçar o alcance do que o legislador, à luz do constituinte, prescreveu.

A prescrição positivada, entretanto, não é simplesmente aquela derivada dos métodos interpretativos clássicos de forma hierarquizada: gramatical, seguidos pelos métodos históricos, após o sistemático, chegando-se, caso “necessário”, ao teleológico. Mais além, é aquela que engloba os princípios constitucionais como norteadores do intérprete/aplicador quando da construção do direito, sendo, também, imprescindível a sua contextualização à luz da realidade.

É neste parâmetro que o legislador não cria a norma geral e abstrata, mas tão somente o texto:

[...] não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata; ou seja, a “norma” geral não é prévia, só o seu texto o é. *A norma geral previamente dada não existe, é uma ficção.* Note-se a distância em relação à antiga discussão sobre se o juiz “cria” ou apenas “aplica” o direito.⁴ (grifo original)

A lei é apenas um texto. O significante apenas terá significado no momento em que o intérprete, indissociável da ação de aplicador — criar para aplicar o Direito —, atuar.

Essa atividade é muito próxima a de um linguista que traduz livros. Se o texto está escrito em dinamarquês e o leitor não conhece essa língua, o texto nada diz, o que não exclui o seu significado imanente. Assim, é imprescindível a atividade do tradutor, que trará à realidade do sujeito cognoscente o objeto cognoscível. Entretanto, para a realização deste ato, não basta saber apenas o significado literal das palavras, uma vez que muitas delas têm plurissignificações oriundas de uma realidade cultural. Assim, é necessário compreender o contexto em que o texto foi escrito, a sua finalidade, além das outras obras do mesmo autor, bem como os seus valores norteadores, para se chegar a uma tradução mais próxima do sentimento dos escritos originais.

2 *Idem*, p. 44

3 *Idem*. p. 30-31

4 ADEODATO, 2009, p. 146

Assim, o tradutor interpretou para aplicar, contudo, haverá de ser mais uma vez interpretado — agora pelo leitor —, para novamente ser aplicado, atingindo, apenas aí, a sua finalidade.

É neste sentido que a atividade judicial realiza duas interpretações quando defrontada ao caso concreto: primeiro se cria a norma geral e abstrata, para, apenas após, se encontrar a norma de decisão. Quando se está posto à apreciação o controle de constitucionalidade abstrato, o intérprete/aplicador não realiza a segunda etapa de especificação da norma.

Reforça este argumento os dizeres de Kelsen⁵, contudo, deixe-se claro que em nenhum momento ele concorda com a ideia de que a norma geral e abstrata é criação total do intérprete:

“O juiz, portanto, é sempre um legislador também no sentido de que o conteúdo da sua decisão nunca pode ser completamente determinado pela norma preexistente de Direito substantivo”.

Salutar, contudo, é compreender que sendo o texto um dos elementos do Direito, ele não é de todo desprovido de significante, a despeito de não ser norma, mas é ponto de partida da criação desta:

[...] o texto normativo genérico previamente dado, elaborado pelo poder legiferante, *não constitui a norma jurídica* [...], mas apenas fornece um ponto de partida para sua construção diante do caso.⁶ (grifo original)

Sendo o marco inicial, também é um importante limitador da atividade de criação do Direito, pois é um parâmetro que, não podendo ser minorado, deve ser respeitado:

[...] o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo. Essa proeminência do aspecto formal e, conseqüentemente, da validade, diante de outros conteúdos presentes no cenário político e jurídico, constitui-se em um “elemento estabilizador de primeiro nível e um pressuposto insubstituível de sociedades complexas do tipo da sociedade industrial” (MULLER, Friedrich). E, acrescente-se, guarda tranquilamente sua dívida teórica para com o positivismo.⁷

Como um dos elementos de composição da criação da norma, o texto age como limitador e norteador. No entanto, os fatos também são componentes da elaboração da norma:

“[...] não apenas que a *norma* é o resultado da interpretação, cujo objeto é o *texto*, mas também que o intérprete não interpreta apenas os *textos*, porém, em conjunto com os *textos*, os *fatos*. [...] não se interpretam simplesmente os *textos* ou um *texto*. Interpretamos o *direito*, todo ele, na sua totalidade, desde a Constituição até os atos normativos menos importantes na hierarquia das fontes de direito”⁸

Nesta mesma linha de compreensão, Gilmar Ferreira MENDES⁹ assim preceitua:

“O chamado “Brandeis-Brief” – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no “case Müller versus Oregon” (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples “questão jurídica” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição. (Cf., a propósito, HALL, Kermit L. (organizador), *The Oxford Companion to the Supreme Court of United States*, Oxford, New York, 1992, p. 85).

Hoje não há como negar a “comunicação entre norma e fato” (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e

5 *Apud* VIEIRA, 2009, p. 27

6 ADEODATO, 2009, p. 139

7 *Idem*, p. 145-146

8 GRAU, 2006, p. 191

9 MS 32033/DF – STF - Rel. Min. GILMAR MENDES j. 28/05/2013 – Dje 31.05.2013

jurídicos. (Cf., MARENHOLZ, Ernst Gottfried, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53”

Adota-se, assim, que a norma é produto de ato cognoscente do sujeito que interpreta o texto jurídico conjuntamente com os fatos, simplesmente porque o Direito não é dissociado da realidade. Mesmo estando no plano do dever-ser, o ser é condicionante para que não se ocorra absurdos, tais como os perpetrados no III Reich, sob o pretexto de que a “lei” - o texto — assim não o obstaculiza¹⁰:

Não é possível [...] uma visão cindida do direito, especialmente no momento de sua interpretação e aplicação. Aí será necessário ter em conta sua dimensão social e ética. Remarque-se bem a ideia: uma coisa é o conhecimento jurídico. Outra é a sua *contextualização*, o que se faz inclusive através da sociologia e da filosofia. São realmente coisas distintas, que, todavia, devem ser conjugadas para a boa aplicação do direito posto.¹¹

A visão, portanto, do que é o Direito, vai além do puro texto produzido pelos legitimados democraticamente pelo povo, pois:

A vida do Direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas numa época, a moral predominante e as teorias políticas, intuições de políticas públicas, expressas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes partilham com seus concidadãos, têm contado mais do que o silogismo na determinação das normas pelas quais os homens devem ser governados. O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e não pode ser tratado como se contivesse apenas axiomas e corolários de um livro de matemática¹².

Vale ressaltar, novamente, que o texto transmuta regras ou princípios, estes explícitos ou implícitos. Todos, portanto, estão positivados, servindo de elemento para a criação da norma jurídica. A diferenciação entre um e outro, a sua maneira de compreensão e forma de resolução de conflitos não faz parte do presente estudo¹³.

Assim, o Direito é o produto do significado do texto, conjuntamente com os fatos, que engloba as regras e os valores, estes transmutados pelos princípios positivados, de forma explícita ou implícita, após a sua interpretação:

“Não é, pois, o conteúdo abstrato das leis, nem a justiça escrita no papel, nem a moralidade das palavras, que decidem o valor dum direito; a sua realização objetiva na vida, a energia, por meio da qual é conhecido e proclamado, como necessário, se atinge e executa – eis o que consagra ao direito o seu verdadeiro valor”¹⁴

Portanto, sendo o Direito alográfico, as normas apenas surgem da atividade de interpretação/aplicação, colocando o intérprete/aplicador em um papel de criador — longe de ser ilimitado e de atuação autoritária —, e não descobridor, consubstanciado nas ponderações constitucionais optadas pelo Poder Constituinte:

“Daí [o direito é um dinamismo] a necessária adesão à ideologia dinâmica da interpretação e à visualização do direito como instrumento de mudança social, até o ponto em que o direito passa, ele

10 [...] que ao legitimar a ordem jurídica positiva pelo simples respeito à forma legal, abriu margem doutrinária para que líderes totalitários utilizassem o Direito para impor fórmulas jurídicas completamente díspares da realidade social. VIEIRA, 2009, p. 24.

11 BARROSO, 2001, p. 282-283.

12 HOLMES Jr, 1991, p. 422.

13 Para uma teoria de princípios e regras, *v.*: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed. 2010; BOULANGER, Jean. *Principes généraux du droit positif et droit positif*; CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manual di Diritto Costituzionale*; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; e GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed, 2006.

14 VON JHERING *apud* GRAU, 2006, p. 131.

próprio, a ser concebido como *uma política pública*. Além disso, a compreensão de que a referência a um *direito pressuposto* condicionante da produção do *direito posto* reclama a consideração da virtualidade de um nexo entre ambos; o *direito posto* é, então, penetrado por significações não integralmente congruentes com seus significados tradicionais (originais); donde, entropicamente, a emergência de um sentido não conservador (transformador) no direito”¹⁵

Traçadas essas premissas, racionalmente demonstradas para a persuasão de sua utilidade e validade, passa-se a discorrer acerca da compreensão moderna da jurisdição constitucional, à luz de ser o direito alográfico, bem como de seus elementos integradores, com o intuito de proteção da própria ordem criada pela Constituição.

A jurisdição constitucional como fator de estabilização institucional

O constitucionalismo moderno, ou contemporâneo, elevou as constituições do patamar de meras intenções políticas para o campo jurídico, conferido necessidade da submissão de todos, inclusive do próprio Estado, às suas prescrições — e não mais meras descrições.

Assim, a efetivação das constituições se tornou importante tema¹⁶, pois é elemento estabilizador do próprio Estado de Direito, sendo que o seu descumprimento abre espaço para a ruptura da ordem vigente:

“[...] A existência da Constituição é, em primeiro lugar, uma questão de sua *força normativa*. [...] Onde o consenso fundamental, no qual se assenta, ao fim e ao cabo, a força normativa da Constituição, falta ou deixa de existir, perde a Constituição a base de sua força de vida e eficácia e asseguramentos institucionais somente não mais são capazes de auxiliar”¹⁷

Surge, então, a indispensável utilização da “força normativa” como maneira de assegurar a plenitude da democracia, inclusive contra a incapacidade interna de cada Poder no exercício de suas inafastáveis atribuições, na releitura do “sistema de freios e contrapesos”, não apenas como inerente a afastar o exercício autoritário, mas, também, a assegurar o uso ótimo e exato da competência para atingir os objetivos da república.

Verifica-se que tal compreensão é aquela que analisa os tempos atuais, utilizando do conhecimento histórico para não cometer os mesmos erros, paralelamente ao inovar sem temer a quebra de paradigmas, cujo produto é a alteração de dogmas, sempre em face da interpretação constitucional, na melhor definição de Konrad Hesse¹⁸:

“*Tarefa da interpretação* é encontrar o resultado constitucionalmente “exato” em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão”.

Assim, põe-se o tema, à luz de se encontrar um “resultado constitucionalmente exato”, com a finalidade de se evitar rupturas institucionais por ausências de atualização do texto constitucional, preservando-se a própria República com a manutenção da “força normativa” da constituição.

Igualmente, em um contexto pós-Constituição de 1988, e compreendendo-se os malefícios que a teoria pura do direito proporcionou à realidade, surgiu a doutrina do neoconstitucionalismo, que longe de ser unanimidade, preocupa-se com a eficácia das constituições, mormente pela concretização dos

15 GRAU, 2006, p. 130

16 Em matéria constitucional, é fundamental que se diga, o apego ao texto positivado não importa em *reduzir* o direito à norma, mas, ao contrário, em *elevá-lo* à condição de norma, pois ele tem sido menos que isso. BARROSO, 2001, p. 284

17 HESSE, 1998, p. 503-504

18 *Ibidem.* p. 55

fundamentais direitos positivados, explícita ou implicitamente. Trata-se, portanto, de uma releitura do próprio direito, em que os valores máximos pregados pela norma constitucional têm importância predominante, erigindo aos princípios força vinculante, com a finalidade de se assegurar dignidade à pessoa humana por meio da efetivação dos direitos humanos, sob um filtro axiológico, com a reaproximação da ética, da moral, da justiça, entre outros, ao direito, com a consequente imperatividade (força normativa de Hesse) e supremacia (expansão da jurisdição constitucional) da Constituição:

“A Constituição de 1988 foi o estopim de um marco científico, consistente na difusão da doutrina neoconstitucionalista no Brasil, cuja metodologia assume a existência de uma conexão necessária entre direito e moral. No plano teórico, afasta-se o estatalismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo na análise do sistema jurídico, e desenvolvem-se mecanismos para a efetividade dos princípios constitucionais que abarcam os valores mais caros à nossa sociedade”¹⁹

Esse movimento, marcado sob os auspícios do pós-positivismo²⁰, não exclui o direito posto para abraçar o jusnaturalismo, metafísico por essência, mas sim em compreender o positivismo sob a perspectiva de justiça, contudo, com segurança suficiente para que a interpretação/aplicação não fique ao arbítrio do intérprete/aplicador. Desta maneira, os valores escolhidos por opção política do Poder Constituinte Originário²¹ passam a ter força normativa; a argumentação jurídica deve ser pautada na razão e não apenas na autoridade, sempre voltada à edificação dos objetivos fundamentais do Estado²², além de a democracia propiciar a abertura para um debate amplo e franco no seio das tomadas de decisão, sejam elas na criação dos textos legislativos, dos atos administrativos ou das normas jurídicas:

[...] pode-se levantar a hipótese de que as normas jurídicas são construídas, concretizadas por todos os destinatários, todo o ambiente social que lhe determina o sentido, de forma plural, como quer Häberle, para quem não é possível estabelecer-se um *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.²³

Por assim ser, o texto constitucional não se esvai na interpretação/aplicação dos magistrados, e sim estes devem apreender com os inúmeros intérpretes/aplicadores desse mesmo texto, para só assim ser criada a norma jurídica. Esse complexo decisório é o que se chama de jurisdição constitucional, que não se limita ao ato de subsunção:

Mas *o sistema vai muito além dessas bases textuais*, é uma conclusão direta: o sentido e o alcance dos termos, a coerência argumentativa e os conflitos não estão ali nesse livro que se chama “a Constituição” e, nem por isso, deixam de fazer parte do universo constitucional. Ao conjunto de interpretações, argumentações e decisões apreciadas pelo judiciário, em questões que envolvem os textos constitucionais, dá-se a denominação de jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtbarkeit*). Observe-se que a jurisdição constitucional, por sua vez, é também composta de textos, decisórios, os quais vêm somar-se aos textos do livro constitucional e servir de partida para novas interpretações, argumentações e decisões.²⁴

19 FUX, Luiz *in* Embargos de Declaração no Habeas Corpus 101.132, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, STF, j. 24.04.2012, DJE 21.05.2012

20 Os termos neoconstitucionalismo e pós-positivismo não são de aceitação unânime, havendo doutrina respeitadíssima que os coloque como meramente contemporâneos, sendo uma releitura do constitucionalismo e do positivismo que não os alteram elementarmente, portanto, não havendo ruptura, são insuficientes para que tragam o estigma de novo. Contudo, sem se adentrar nesta seara no presente momento, ante a terminologia estar na periferia da pesquisa, utiliza-se a adotada por Luis Roberto Barroso *in* Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, mar./abr. 2006

21 Principalmente os fundamentos do Estado Democrático de Direito, contidos no art. 1º da Constituição Federal, qual seja: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo jurídico, e de que todo o poder emana do povo e em função dele é que deve ser exercido com a única finalidade de o beneficiar.

22 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

23 ADEODATO, 2009, p. 152

24 *Ibidem*. p. 140

Nesta seara, é de se compreender que o judiciário foi elevado do patamar de um subpoder (boca do legislativo) para o terceiro poder²⁵ (boca da constituição). A soberania é da Constituição e não do Parlamento.

Essa aceção transmuda ser imprescindível à utilização da jurisdição como forma de proteção de direitos fundamentais, sobremaneira em seu aspecto contra majoritário, mormente ante a deliberada escolha do Parlamento em atuar de maneira egoística e casuística, pois:

“Considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos”²⁶

Assim, a jurisdição constitucional pode ser compreendida além do âmbito normativo-jurídico, mas, ainda, como político-jurídico, devendo este signo ser explorado: se “política” for percebida como aquela com finalidade de se “*instituir*, por meio de *posição ideológica*, o *bom governo*”, deve ser rechaçada, pois ínsita aos representantes dos populares, incumbidos de juízo de oportunidade e conveniência; entretanto, se o termo for apreendido na *aceção grega* (“maneira pela qual se organiza e regula o convívio da pluralidade dos homens”), não só deixa de apresentar riscos como é salutar para o fortalecimento da democracia e da teoria dos pesos e contrapesos, uma vez que os magistrados, não eleitos, atuam sob uma argumentação racional e de legalidade em *lato sensu*.

Nesse sentido, é possível retirar uma nova interpretação da tripartição dos poderes, mormente pela elevação dos princípios da democracia e da proteção dos direitos fundamentais, especialmente em sua faceta de proteção das minorias contra as maiorias circunstanciais, respeitando a supremacia da constituição e não a supremacia do parlamento:

[...] Em todas essas hipóteses, porém, não se pode afirmar que as cortes judiciais estejam atuando como, nem usurpando as funções do Poder Legislativo, pois, diversamente do atuar deste, os sentidos agregados ao texto não têm por fundamento opções políticas ou de moralidade consideradas mais adequadas, mas princípios jurídicos compartilhados pela coletividade, como, *v.g.*, o princípio da concordância prática, da razoabilidade e da ponderação de interesses²⁷

O prof. Adeodato²⁸ assim também preceitua:

A progressiva diferenciação entre texto e norma, a crescente procedimentalização formal das decisões e o aumento de poder do judiciário tornam-se, assim, *três fatores importantes* e estreitamente conexos, dentro do ambiente jurídico contemporâneo, a torna obsoleta a tradicional separação dos poderes. Se não é só o juiz o responsável, pois nem só em lides se concretiza, como quer, corretamente Peter Häberle; certamente o papel dos juízes e, sobretudo, dos tribunais superiores vai ter uma importância diretora e indutora muito maior do que a que tem diante da mera litigância eventual.

Na mesma esteira, há a superação do dogma estreito de “legislador negativo” cunhado por Kelsen:

Essa função interventiva do Poder Judiciário visando não apenas defender, mas promover os direitos assegurados no texto básico, implica na superação da função judicial na sua concepção clássica de “legislador negativo” e reconhecimento de uma atuação positiva, embora não tão ampla como a do poder legislativo, na criação do direito. Nesse diapasão fica também superada a

25 A própria expressão Poder é equivocada, vez que o Poder é uno e indivisível, sendo o Estado o seu detentor. Aos órgãos são asseguradas apenas funções, divisões que facilitam (mas não asseguram totalmente) a realização da democracia

26 MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 139

27 SILVA, 2005, p. 96

28 2009, p. 164

vetusta concepção de separação de poderes que não reconhecera nenhuma atividade produtora e/ou agregadora de sentido na interpretação judicial.²⁹

Corroborando, igualmente, esse argumento de alteração paradigmática da doutrina da separação dos poderes as palavras do prof. Humberto Ávila³⁰:

[...] a decisão a respeito da justificabilidade da medida adotada pelo Poder Legislativo é o resultado final do controle feito pelo Poder Judiciário e, não, uma posição rígida e prévia anterior a ele. [...] Todas essas considerações levam ao entendimento de que o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, *devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação dos Poderes. O princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais.* Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. *A tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista [utilizando-se de concepção obsoleta acerca da separação dos Poderes], é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição.* (grifo original)

Essa atuação, portanto, fortalece o vínculo estruturante do Estado, embasado na Democracia, que não mais se resume ao sistema político representativo, mas também participativo:

[...] a racionalidade do novo positivismo pretende-se tanto funcional quanto substancial, isto é, não apenas tecnicamente efetiva como também construtora da legitimidade do Estado constitucional e social de direito e da democracia.³¹

A releitura da jurisdição constitucional não traz apenas possibilidades diferentes, mas também ônus.

As decisões judiciais devem sempre ser imparciais, isto é, não há propensão a julgamentos em razão da pessoa que pleiteia ou da parte adversa. Entretanto, não é exigida a neutralidade. A indiferença do judiciário frente às demandas faleceu com a queda do III Reich, mas o mundo demorou a perceber:

Escreveu Hebert Wechsler:

‘O que caracteriza as decisões judiciais, em contrastes com os atos dos outros Poderes, é a necessidade de que sejam fundadas em *princípios* coerentes e constantes, e não em atos de mera vontade ou sentimento pessoal. Discordo, assim, com veemência, daqueles que, aberta ou encobertamente, sujeitam a interpretação da Constituição e das leis a um “*teste de virtude*”, para verificar se o resultado imediato limita ou promove seus próprios valores e crenças.

Quem julga com os olhos no resultado imediato, e em função das próprias simpatias ou preconceitos, regride ao governo dos homens, e não das leis. Se alguém toma decisões levando em conta o fato de que a parte envolvida é um sindicalista ou um contribuinte, um negro ou um separatista, uma empresa ou um comunista, terá de admitir que pessoas de outras crenças ou simpatias possam, diante dos mesmos fatos, julgar diferentemente. Nenhum problema é mais profundo em nosso constitucionalismo do que este tipo de avaliação e julgamento *ad hoc*.

Diminui, por certo, o impacto dessas palavras a informação, relevantíssima, de que o método de raciocínio jurídico preconizado pelo autor do texto levou-o à condenação, por ser *não neutra*, da decisão dessegregacionista em *Brown*. De acordo com o raciocínio do Professor Wechsler, a questão envolvia um conflito entre duas preferências: o desejo dos negros de frequentarem a escola com os brancos,

29 SILVA, 2006, p. 98

30 2009, p. 175-176

31 ADEODATO, 2009, p. 151

e o desejo dos brancos de frequentarem a escola sem os negros. Segundo ele, a Suprema Corte não fundamentou sua escolha em qualquer princípio neutro. Não é aceitável que tivesse pura e simplesmente escolhido a opção dos negros. A tese é arrepiante e emblemática: revela como a neutralidade pode ser perversa quando estão em jogo os interesses de partes política, social e economicamente desiguais.³²

A Constituição Federal de 1988 não é neutra; ao contrário, escolheu um viés ideológico em que se instituiu o Estado Social Democrático de Direito. Assim, do intérprete/aplicador da lei — texto — é exigido que se utilize dos mesmos valores insculpidos na Constituição, estabelecendo sua imparcialidade, mas jamais sua neutralidade, na criação da norma.

Desta maneira, se se instituiu fundamentos (art. 1º) e objetivos da República (art. 3º), não é só o Legislativo e o Executivo que devem buscá-los, mas também o Judiciário. A sua inércia não implica em passividade.

Traçados esses parâmetros da atuação judicial frente às demandas que são postas à sua apreciação, passa-se a perquirir acerca da questão da interpretação do texto constitucional e as alterações do significado, sem mudança do significante, em razão de a realidade ser dinâmica.

Mutação constitucional: poder reformador ou interpretação constitucional?

As constituições são marcadas por seu traço de superioridade no ordenamento jurídico e de difícil alteração (rigidez constitucional), mormente por ser o lastro que embasa a criação e a estabilização do próprio Estado, que confere validade e limite às condutas dos Poderes, bem como assegura aos cidadãos direitos fundamentais, tanto na perspectiva vertical quanto na horizontal.

À luz desta qualidade superior, é de se compreender que as constituições são criadas para vigerem por tempo indeterminado:

“As Constituições têm vocação de permanência. Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária. A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição das maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos.”³³

Em razão desta qualidade, o cerne das constituições é redigido de forma abstrata, muitas vezes com conteúdo indeterminado, justamente para que não se engesse a sua aplicabilidade aos tempos vindouros:

Quanto mais suas normas partem das realidades da situação histórica e procuram conservar e aperfeiçoar aquilo que já está delineado na condição individual da atualidade, tanto mais rápido podem elas desenvolver efeito normalizador. Onde a Constituição ignora o estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo lhe falta o germe indispensável de sua força de vida e ela não é capaz de alcançar que o Estado, que ela, em contradição com esse estágio de desenvolvimento normaliza, desenvolva-se.

[...]

Por outro lado, força normativa da Constituição está condicionada por cada *vontade atual* dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição. Como a Constituição, como toda ordem jurídica, carece da atualização pela atividade humana, sua força normativa depende da disposição de considerar seus conteúdos como obrigatórios e da determinação de realizar esses conteúdos, também contra resistências [...]”³⁴

32 BARROSO, 2001, p. 277

33 BARROSO, *apud* VIEIRA, 2009, p. 95

34 HESSE, 1998, p. 48-49

Dessa maneira, as opções políticas realizadas pelo poder constituinte, ao serem constitucionalizadas, tornam-se textos jurídicos, com qualidade de força normativa, isto é, vinculação dos destinatários ao seu cumprimento, sob pena de coerção judicial.

Entretanto, o mundo do dever-ser jamais terá força de alterar o mundo do ser se aquele estiver totalmente dissociado deste. Para a constituição se efetivar, não depende apenas de si própria, mas de certa atuação dos agentes que estão envolvidos, direta ou indiretamente.

As constituições devem ser seguidas, mas não são sagradas. Para se manterem vivas, as opções de gerações passadas não podem prejudicar as futuras. O tempo, para os que estão atentos, serve para o aperfeiçoamento das coisas, que longe de ser imutáveis, são amoldáveis às necessidades atuais. A sua não compreensão é causa de ruptura institucional:

“Assim, perece a sua [da Constituição] força normativa quando *o direito* já não corresponde à *natureza singular do presente*. Opera-se a frustração material da finalidade dos seus textos que estejam em conflito com a realidade e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais³⁵.

Consciente desse fato, as constituições estabelecem meios formais de alteração de seu texto, criando o poder reformador, mas de maneira mais dificultosa do que aquela estabelecida para a criação/alteração da legislação ordinária.

Nessa toada, previu-se as emendas constitucionais (art. 60, *caput*, da Carta Cidadã), que têm como finalidade a sobrevivência do próprio texto político; direcionando-se ao futuro, confere-se a possibilidade de atualização para que não seja “fossilizada” determinada positivamente, mantendo-se a flexibilidade e abertura indispensável a evitar a ruptura com a ordem jurídica vigente.

Entretanto, as mudanças no texto da constituição não podem ser ilimitadas, o que ocasionaria a possibilidade de alteração da própria constituição como um todo.

Assim, criaram-se as cláusulas pétreas, esculpidas no art. 60, §4º, da Constituição Federal, que visam à proteção da estrutura e organização do Estado — forma federativa e separação dos poderes —, da democracia - existência e elementos do voto — e dos direitos e garantias individuais, além de a própria regra de restrição ser imutável (cláusula implícita), transformando a histórica alteração da Constituição de Weimar (aprovação do Ato de Habilitação em 1933³⁶) em aprendizado.

Estes institutos — cláusulas pétreas e emendas à constituição —, de maneira coordenada, estabelecem instrumentos de estabilidade e rigidez. Suas importâncias, bem como fundamentos históricos e sociais, entretanto, nesse artigo, limitam-se ao exposto de que formam a “ordem jurídica fundamental da coletividade”, compreendida a que “contém as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura”³⁷

Traçadas essas ponderações, antes de se conjugar as premissas aqui delineadas para se chegar a uma conclusão acerca do que se trata realmente a contextualização do texto da Constituição por meio da jurisdição constitucional, faz-se necessário apresentar o que a doutrina majoritária compreende em relação a esse tema específico.

35 GRAU, 2006, p. 220

36 “Conferiu-se ao Gabinete, comandando por Hitler, a faculdade de editar normas que podiam alterar até mesmo a Constituição. Com base neste poder, Hitler, dentro outras medidas, cassou a cidadania dos judeus, abrindo caminho para o Holocausto, sem revogação formal da Constituição de Weimar” SARMENTO, 2008.

37 HESSE, 1998, p. 37-43

1. Mutação constitucional: delimitação pela doutrina majoritária

Ao lado da alteração formal da constituição — do texto —, está a possibilidade de alteração informal da constituição, conceituada da seguinte maneira pela doutrina majoritária, nas palavras do prof. Uadi Lammêgo Bulos³⁸:

“(…) o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, que através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.”

Nesse viés, compreende-se que a mutação constitucional ocorre sempre que houver uma alteração no sentido da lei, sem que ocorra uma alteração textual. Assim também explicita o prof. Konrad Hesse³⁹:

A concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são [...] somente possíveis com o emprego das condições da “realidade”, que essa norma está determinada a ordenar. As particularidades, muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas condições formam o “âmbito da norma” que, da totalidade das realidades, afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o “programa da norma”, como parte integrante do tipo normativo. Como essas particularidades, e com elas o “âmbito da norma”, estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o “programa da norma”) fique idêntico. Disso resulta uma “*mutação constitucional*” permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica claro.

Continuando nesse pensamento, a mutação constitucional deve ser compreendida como ínsita à própria sobrevivência da constituição, advindo, daí, o princípio da rigidez constitucional, relegando à mudança formal (reforma constitucional) apenas os casos em que a interpretação encontra limite para a atualização do sentido do texto:

relacionando o processo formal com o informal, que a opção das emendas é sempre uma *ultima ratio*, ou seja, quando a Constituição já não cumpre a contento com o seu papel histórico e não consegue atualizar-se por via da interpretação doutrinária e jurisprudencial, ou mesmo por qualquer outra forma disposta pelo processo informal das mutações constitucionais⁴⁰

Essa comparação entre o processo formal e informal de alteração das constituições pressupõe o poder reformador, pois altera, mesmo que pontualmente e por meio da interpretação, a própria Constituição.

Em outro viés, Thiago Vieira⁴¹ compreende que a mutação constitucional é apenas a interpretação contra o próprio sentido de um dispositivo da constituição, podendo ela ser constitucional ou inconstitucional, a depender de uma visão sistemática:

[...] mutação constitucional no Brasil consiste na extrapolação do âmbito normativo de determinado dispositivo da Constituição por meio da alteração substancial de seu significado em decorrência da atuação do Supremo Tribunal Federal no processo de uniformização da jurisprudência. Esse novo sentido do mandamento constitucional pode representar uma mutação constitucional – quando, apesar de ter extrapolado a norma em si, representar uma conformidade sistemática com a Constituição e seus princípios fundamentais; ou inconstitucional – quando houver a extrapolação tanto da norma em questão quanto da Constituição.

38 *Apud* VIEIRA, 2009, p. 105

39 1998, p. 50-51

40 BRITTO, 1999, p. 232

41 VIEIRA, 2009, p. 112

Conforme será exposto adiante, em razão das premissas traçadas nesse artigo, não se concorda com tais pontuações, seja para compreender que a mutação constitucional é aquela derivada da alteração do sentido da constituição, ou aquela que extrapola o próprio texto.

2. Mutação constitucional à luz de o direito ser alográfico: mudança das normas e não do texto constitucional

Conforme as premissas traçadas, o texto da constituição, apesar de seu significado imanente, depende do intérprete/aplicador para o surgimento da norma jurídica, na maneira estabelecida no capítulo inicial deste trabalho.

O direito positivo — texto, reitere-se —, é apenas um dos elementos integradores do Direito, sendo aquele estático e este dinâmico.

Neste diapasão, a jurisdição constitucional proporciona a correta interpretação do texto magno, conforme o tempo de sua atividade, o que não retira a sua rigidez⁴², mas, sim, reconhece a sua contemporaneidade como forma repelir as rupturas institucionais para sobreviver⁴³. Entretanto, como já dito, toda interpretação deve ter limites:

Interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma. Estabelecimentos obrigatórios podem, nisso, também estar contidos em Direito Constitucional não escrito. Como, entretanto, direito não escrito não deve entrar em contradição com a *constitutivo scripta*, é esta um limite insuperável da interpretação constitucional. Esse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição. Ele inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação; ele exclui um rompimento constitucional — o desvio do texto em cada caso particular e uma modificação constitucional por interpretação. Ouando o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição. Ambos estão proibidos a ele pelo direito vigente. Mesmo que um problema, por conseguinte, não se deixe resolver adequadamente por concretização, o juiz, que está vinculado à Constituição, não tem livre escolha do *topoi*.⁴⁴

É nesse viés que se chega à conclusão de que a constituição não é sempre a mesma, ainda que o seja seu texto, tal como as águas do rio que fluem: o seu nome não muda, a aparência é a mesma, mas a água que está correndo em um determinado ponto, não será mais a mesma após certo tempo⁴⁵.

Assim, a mutação constitucional, processo informal, é realizada (e não reconhecida) por meio da interpretação constitucional.

Dessa percepção foi criado, pela Suprema Corte Estadunidense, o controle de constitucionalidade, compreendendo que um dos princípios implícitos positivados pela Carta Constitucional era a de supremacia desta em relação aos atos infraconstitucionais:

[...] na verdade, o controle de constitucionalidade pelo método difuso nada mais é do que a aplicação de certo princípio interpretativo, isto é, do princípio interpretativo das normas constitucionais e das normas infraconstitucionais, por via judicial (daí a revisão judicial), para verificar se há ou não conformidade destas àquela⁴⁶

42 Uma constituição pode ser flexível sem deixar de ser firme. CANOTILHO, 2000, p, 1229

43 Tradução livre: Constituição não é jamais idêntica a si própria, estado constantemente submetida ao *panta rhei* heraclitiano de todo o ser vivo. LOEWENSTEIN, 1979, p. 164

44 HESSE, 1998, p. 69-70

45 Parábola de Heráclito de Éfeso: Nós não podemos nunca entrar no mesmo rio, pois como as águas, nós mesmos já somos outros.

46 SILVA, 2000, p. 250

Esse caso demonstra que o próprio direito está em constante mudança, atendendo aos fins sociais a que se destina, impondo a necessidade de valorização contextualizada do texto, compreendendo que uma interpretação histórica só é válida para demonstrar quais foram os motivos e as circunstâncias em que se realizou a inovação, mas não prestando à inclusão na atualidade daquele contexto sobre o contemporâneo.

Entretanto, um dos princípios constitucionais que envolvem essa compreensão é o da segurança jurídica.

As pessoas submetidas à soberania estatal não podem ficar ao *bel-alvitre* das inconstâncias do intérprete/aplicador do texto na percepção do próprio texto e da realidade, vez que muitos são os fatores que podem fazer com que a interpretação de ontem não seja a mesma de hoje, inclusive pela mudança da própria pessoa que interpreta/aplica.

Se esse princípio vale para o texto, também deve ser aplicado às normas jurídicas. Às decisões judiciais, que criam tanto a norma geral como a norma específica (quando não for o caso de controle abstrato), são impedidas de agirem de forma a causar insegurança, gerando instabilidade nas próprias relações sociais, devendo ser protegida não apenas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, mas, também, a não surpresa dos jurisdicionados⁴⁷.

Nesta percepção, no âmbito do texto constitucional, a não alteração deste, mas apenas da norma jurídica é que se pode chamar de mutação constitucional:

Sem que se opere algum tipo de ruptura na ordem constituída – como um movimento revolucionário ou a convocação do poder constituinte originário –, duas são as possibilidades legítimas de mutação ou *transição* constitucional: (a) através de uma reforma do texto, pelo exercício do poder constituinte derivado, ou (b) através do recurso aos meios interpretativos. A *interpretação evolutiva* é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes.⁴⁸

Pontue-se bem que a contextualização do texto da constituição, por meio da jurisdição constitucional, não altera a própria constituição, pois esta nunca é a mesma em razão de seu caráter dinâmico. Igualmente, a norma geral e abstrata sempre será criada pelo próprio intérprete/aplicado. Entretanto, essa norma que acabou de ser criada pode ser diferente de uma pretérita norma, também criada. O que se muda, portanto, é a norma (resultado da interpretação) e não a constituição, que está em constante transformação.

Neste aspecto, não há uma mutação da constituição, mas sim uma alteração da contextualização de seu texto:

“(…) mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.⁴⁹

Essa contextualização do texto se dá pela interpretação, poder este conferido pela própria Constituição Federal ao estabelecer a jurisdição constitucional para a sua própria efetivação e manutenção:

47 Ao contrário deste pensamento: Ao intérprete incumbe, então, sob o manto dos princípios, atualizá-lo. Que pereça, então, a certeza, em benefício da esperança” GRAU, 2006, p. 220

48 BARROSO, 2001, p. 145

49 BARROSO *apud* VIEIRA, 2009, p. 43

o resultado da interpretação das normas pode variar na medida em que a sociedade se transforma [isto é,] as Constituições tendem a mudar na medida em que atuam para concretizar a sua função integrativa. [Desta maneira,] valoriza[-se] a possibilidade de adaptação do texto legal à realidade social, tendo como parâmetro interpretador os princípios fundamentais⁵⁰

Assim, na chamada mutação constitucional, não há que se falar de um poder reformador informal, mas apenas um produto da interpretação em que a norma criada é diferente que anteriormente fora cunhada.

Este meio interpretativo, que altera os paradigmas outrora criados, pode ser de forma construtiva ou evolutiva:

as interpretações construtivas e evolutivas⁵¹ representam casos de mutação na constituição, desde que concretizadas pelo Supremo Tribunal Federal e possuam caráter de generalidade, abstração e vinculação.⁵²

Igualmente, só se pode utilizar que a norma jurídica foi criada diferentemente daquela do passado quando é realizada pela última instância do Poder Judiciário, pois tem caráter definitivo.

Derivada desta qualidade de definitividade, o Supremo Tribunal Federal, ao criar a norma jurídica, jamais poderá fazê-lo de forma inconstitucional, pois é a própria Constituição que confere competência a este órgão, uma vez que este:

processo não pode continuar indefinidamente; (...) deve haver um fim para a disputa entre as partes. Deve existir um tribunal de última instância autorizado a dar uma decisão final à disputa, uma autoridade cuja decisão não possa ser mais anulada ou modificada.⁵³

Dessa feita, se a Constituição Federal erigiu o Supremo Tribunal Federal como seu guardião, portanto, como o ponto final da discussão que versa sobre questões constitucionais, não há quem seja legitimado para conferir a qualidade de inconstitucional a tal interpretação, sendo até mesmo uma questão lógica: se determinada doutrina afirma que o STF fez algo inconstitucional, quem pode afirmar que essa compreensão está correta? Ela mesma? E se outro doutrinador afirmar que aquele que criticou a norma criada está, na verdade, embasado em uma base inconstitucional, portanto, é o Supremo quem está correto?

Destarte, as críticas doutrinárias não têm o condão de transformar uma interpretação do Corte Suprema, constitucionalmente assegurado como o órgão institucional máximo, em inconstitucional; o máximo que se tem é que a decisão proferida foi equivocada à luz das premissas do crítico.

Igualmente, o Legislador, ao alterar o texto da constituição para infirmar tal norma criada pelo STF não torna aquela inconstitucional, pois seus atos são prescritivos (e nunca descritivos, inclusive as leis interpretativas). O que há é uma mudança formal do texto, e a interpretação haverá de ter nova premissa.

50 VIEIRA, 2009, p. 80

51 “A interpretação construtiva consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição — seus valores, seus princípios — para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa. Já a interpretação evolutiva se traduz na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional. A diferença essencial entre uma e outra está em que na interpretação construtiva a norma alcançará situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; ao passo que na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento.” BARROSO *apud* VIEIRA, 2009, p. 104

52 VIEIRA, 2009, p. 104

53 KELSEN *apud* VIEIRA, 2009, p. 54

Por fim, a questão que se põe é: se a função judicial, mormente o Supremo Tribunal Federal, é a de conferir a última interpretação da Constituição, o que se fazer se este poder usurpar o próprio texto constitucional?

Algumas respostas preliminares podem ser dadas, como a possibilidade de responsabilidade dos ministros do STF por crime, com pena de *impeachment*, por violação à Constituição que lhe cabe resguardar (art. 39, V, Lei 1.079/50)⁵⁴.

Conclusão

O Direito é alográfico, isto é, a norma surge a partir da interpretação dos textos normativos, que servem tanto como marco inicial quanto à limitação dessa atividade, que é sempre criadora, transmutando a faceta dinâmica dele, pois não é dissociável da realidade do mundo fenomênico.

Como fator dos modernos Estados, as constituições são elementos de criação da ordem jurídica, o que transmuta, além de sua superioridade, em razão de sua rigidez, a normatividade que confere estabilidade às relações sociais.

A jurisdição constitucional, por sua vez, propicia a proteção da Constituição contra não apenas o seu descumprimento, mas também a favor de sua manutenção, ao amoldar os seus textos à realidade, com a finalidade de assecuramento da ordem instituída, sempre em busca de se concretizar os fundamentos e objetivos da República.

Assim, em face dessas premissas, o texto constitucional, a despeito de ser sempre o mesmo, a norma que é dele extraída jamais o será, pois a interpretação/aplicação não deve ser realizada de maneira descontextualizada.

De fato, não há mutação constitucional no sentido de que há uma mudança da própria Constituição, visto que ela tem um caráter dinâmico, não se confundindo com o próprio texto, mas dele nascendo a cada momento em que se realiza sua interpretação/aplicação.

O que se tem como mutação constitucional é a interpretação que cria uma norma diferente da que outrora surgiu. Essa interpretação, além de seguir os limites hermenêuticos, também sofre a incidência da restrição da irretroatividade e da não surpresa, em face da segurança jurídica que os jurisdicionados esperam legitimamente.

Em razão da rigidez constitucional, essa interpretação deve ter caráter definitivo, o que apenas se tem com a criação da norma pelo Supremo Tribunal Federal.

Em vista de sua função constitucional, toda a norma que for criada não poderá ser inconstitucional. Não há, no sistema pátrio, órgão ou pessoa legitimada para tanto para classificá-la como tal, o que, entretanto, não blinda tais decisões em relação às críticas doutrinárias.

O Poder Legislativo, movido pelo descontentamento com a norma criada, ao alterar o texto da constituição, por meio de emenda constitucional, jamais terá o condão de tornar aquele produto da interpretação em inconstitucional. Terá realizado apenas a alteração do texto da constituição, pois seus atos sempre são prescritivos, e nunca declaratórios. Nessa seara, a jurisdição constitucional terá novo suporte textual para realizar a criação de uma nova norma.

54 MORAIS, 2012

Referências Bibliográficas

ADEODATO, João Mauricio. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, mar./abr. 2006

BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Jurídico das Emendas à Constituição**. São Paulo, 1999, 388 p. Tese de Doutorado, PUC

CANOTILHO, J. J. Gomes **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Portugal: Almeda, 2000

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FUX, Luiz *in* Embargos de Declaração no Habeas Corpus 101.132, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, STF, j. 24.04.2012, DJE 21.05.2012

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed, 2006.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Editorial Ariel, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAIS, Dalton Santos. **Democracia e direitos fundamentais: propostas para uma jurisdição democrática**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/democracia-e-direitos-fundamentais-propostas-para-uma-jurisdicao-constitucional-democratica>>. Acesso em 14 de junho de 2013.

SARMENTO, Daniel. *Direito Adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Instituto Brasileiro de Direito Público**. n. 12, dez./jan./fev. 2008. <<http://www.direitodoestado.com.br> >

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular** (*estudos sobre a Constituição*). São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

VIEIRA, Thiago Gontijo. **Revisão informal: análise crítica da mutação constitucional pela via jurisdicional**. Projeto premiado no 6º Congresso de Iniciação Científica do Distrito Federal e XV Congresso de Iniciação Científica da UnB. Brasília, 2009. Original datilografado em curso de publicação (gentileza do autor)

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Políticas públicas na fronteira
trinacional: o desafio ao pleno
exercício da cidadania**

**Public policies and the trinational
frontier: a challenge to the full
exercise of citizenship**

Priscila Lini

Políticas públicas na fronteira trinacional: o desafio ao pleno exercício da cidadania

Public policies and the trinational frontier: a challenge to the full exercise of citizenship

Priscila Lini*

Resumo

O presente trabalho aborda as dificuldades na implementação de políticas públicas na região das fronteiras entre Brasil, Paraguai e Argentina, um ambiente bastante diferenciado, dotado de peculiaridades que nem sempre são condizentes com as necessidades do restante do país. Estas particularidades mostram-se determinantes para a elaboração e implantação das ações governamentais voltadas ao bem estar, segurança e trabalho na região, uma vez que o conceito de cidadania fluída, intenso trânsito de pessoas e diferentes níveis de assistência social em cada país são fatores muitas vezes conflituosos, difíceis de conciliar entre os diversos atores e níveis governamentais envolvidos – municipal, estadual/provincial/ departamental, e federal. Ademais, o acesso às ações estatais, que se vinculam ao gozo de cidadania plena, acaba por marginalizar ainda mais aqueles que deveriam ser contemplados com as ações positivas do Estado. O acesso ao Sistema Único de Saúde, as ações sanitárias preventivas, o sistema aduaneiro, que deveriam ser voltados à construção de uma realidade inclusiva, acabam por negar o acesso à cidadania, deixando uma parcela da população vulnerável, que circula por mais de um Estado, mas não é atendida plenamente, aceita e incluída por nenhum.

Palavras-chave: Fronteiras. Políticas públicas. Cidadania. Migração.

Abstract

This paper discusses the difficulties in the implementation of public policies in the frontier between Brazil, Paraguay and Argentina, a very different location, with peculiarities that are not always consistent with the needs of the rest of the country. These features show up determinants for the development and implementation of government actions aimed at the welfare, safety and labor in the region, considering the concept of fluid citizenship, intense transit of persons and different levels of social assistance in each country are factors many times conflicting, difficult to reconcile between the several actors and levels of government involved - local, state / provincial / departmental and federal. Moreover, the access to state actions, which are linked to the enjoyment of full citizenship, ends up further marginalize those who should be awarded by the positive actions of the State. The access to health system, preventive sanitary measures, the customs and taxes system, which should be directed to build an inclusive reality, ultimately denies the access to citizenship, leaving a portion of

Recebido em 20/03/2014

Aprovado em 12/06/2014

* Doutoranda em Direito Socioambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná PPGD - PUC/PR. Professora do Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu - CESUFOZ, e servidora pública na Procuradoria Federal junto à Universidade Federal da Integração Latino-Americana - UNILA. Bolsista CAPES/CNPQ. E-mail: priscila.lini@unila.edu.br

population at the social vulnerability, which circulates more than one State, but is not fully recognized, accepted and included by none.

Keywords : Frontiers. Public policies. Citizenship. Migration.

1 Introdução

Neste trabalho, busca-se a compreensão das dificuldades na escolha e implementação de políticas públicas eficazes na região da fronteira trinacional, dada sua especificidade, que envolve cidadãos de diversos países, em diferentes graus de desenvolvimento e múltiplos níveis de governo.

Outros aspectos como idioma, sistema educacional e oferta de empregos e serviços públicos também devem ser levados em conta, juntamente com os fatores econômicos e sociais, que estabelecem uma dinâmica própria de mobilidade migratória em busca de melhores condições de trabalho e atendimento.

As políticas públicas aqui serão abordadas no sentido de nivelamento social, na busca de mitigar as desigualdades de um sistema de acumulação de capital excludente por natureza, que não contempla em sua dinâmica a distribuição eficiente e o acesso aos bens de consumo por parte da população em seu todo. É previsto, e até mesmo desejável que parte do contingente de mão-de-obra permaneça em condições precárias de sobrevivência para que o custo da apropriação do trabalho apresente vantagens aos detentores dos meios de produção.

Neste cenário de exclusão, a fronteira entre Brasil, Argentina e Paraguai apresenta características singulares, em especial, um mercado alimentado pela informalidade e marginalização. O trânsito constante de pessoas que buscam a subsistência entre um e outro país, conforme a situação mais favorável de oferta de ocupação e renda é fator que dificulta a formulação de políticas públicas. É um contexto que se diferencia do restante do país, pois os próprios conceitos de cidadania são mutáveis.

O objetivo é identificar as fragilidades da fronteira – carências no atendimento em um país, que gera demandas maiores no outro; violência urbana; tráfico e consumo de entorpecentes; exploração de trabalho; tráfico de pessoas; contrabando e descaminho – e procurar as soluções mais acertadas nos diversos níveis de governo.

Assim, a escolha das políticas públicas deverá considerar os elementos humanos e geográficos da fronteira trinacional, a fim de que as demandas sociais sejam contempladas de maneira adequada e eficaz aos problemas que, apesar de comuns a todos os países envolvidos, demandam soluções específicas conforme o grau de desenvolvimento de cada um.

2 Políticas públicas: inclusão e exclusão

Políticas públicas podem ser compreendidas como a “ação do Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade.”¹ Isso quer dizer, na construção de um Estado de Bem Estar Social, para que o atendimento e acesso à cidadania sejam satisfatórios, o Estado age no sentido de oferecer os elementos necessários à inclusão e afirmação de determinados segmentos sociais.

Neste contexto, considerando que os Estados respondem às preferências dos cidadãos, e, através desta atuação procuram realizar seus próprios objetivos² as políticas públicas são as ferramentas utilizadas para

1 HÖFLING, Heloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, ano 21, n. 55, nov. 2001. p. 31

2 PRZEWORSKI, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995. p. 8.

a acomodação dos diferentes atores sociais. Considerando-se as políticas públicas como a implementação dos objetivos políticos do governo, convertem-se em instrumentos governamentais para o bem estar geral.³

Em uma sociedade de consumo, marcada pelas disparidades no acesso aos bens de capital, o Estado desenvolve ações que visam mitigar – ou, no mínimo, atenuar – as diferenças entre os detentores dos meios de produção e potencial de compra, daqueles que sequer conseguem obter sua manutenção básica, em nome da manutenção da ordem social.

No desenvolvimento do processo de acumulação capitalista – e nas crises do capitalismo – as formas de utilização tradicionais da força de trabalho se deterioram, são até mesmo destruídas, escapando à competência dos próprios indivíduos a decisão quanto à sua utilização. Relacionado a isto, funções tradicionalmente não sujeitas ao controle estatal e circunscritas às esferas privadas da sociedade – inclusive a educação – passam a ser desempenhadas pelo Estado.⁴

Assim, aqueles que não possuem os meios próprios de inserção nas relações do capital, através de prestações positivas do Estado conseguem, se não a inclusão plena, parte do atendimento de suas demandas mais imediatas⁵. Isso porque as políticas de atendimento representam uma concessão mínima de condições de acesso às necessidades humanas básicas, que sustentam a legitimação do modo de produção e dos objetivos governamentais, que garanta a previsibilidade e pacificação social⁶.

A prestação positiva como meio de pacificação social é uma das formas de atuação política objetiva de governo, conforme a necessidade de grupos e camadas específicas⁷. Assim, a cidadania individual “pressupõe um ente mediador que atue como árbitro na sociedade e reponha, sempre que se fizer necessário, o lugar dos indivíduos no conjunto social. Esse ente é o Estado, o poder público.”⁸

Porém, nem sempre o Estado se mostra suficiente no atendimento a essas demandas sociais. Em um sistema que se pauta na apropriação do trabalho e dos meios de produção, a inserção no mercado e exclusão são utilizadas na própria dinâmica de sustentação deste sistema⁹, através da regulação de demanda e consumo, equilíbrio entre força de trabalho produtiva e ociosa, sujeição e dominação.

Aqueles que não se integram plenamente nesta dinâmica, que são “excedentes” do complexo arranjo entre apropriação e submissão, dependem da atuação incisiva do Estado para a obtenção de um mínimo substancial.

A mesma sociedade que exclui, acaba criando formas de participação que, em sua maioria, são desumanas. Falar isto, significa dizer que deveríamos fazer a análise considerando o fenômeno da participação, e não o da exclusão, derivando-se disto a análise sobre as diferentes formas de participação que congregam, em si, conteúdos e significados diversos para essa participação. Temos como exemplo os meninos que se integram à rota e dinâmica do tráfico de drogas e com isso ajudam a manter sua família integrada e razoavelmente convivendo, mesmo que percam suas vidas antes dos 20 anos.¹⁰

3 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 21.

4 HÖFLING, Heloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, ano 21, n. 55, nov. 2001.p.33.

5 CARDOSO JÚNIOR, José Celso. *Desafios ao desenvolvimento brasileiro*. Brasília: IPEA, 2009.

6 PRZEWORSKI, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995. p. 11.

7 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22.

8 GOHN, Maria da Glória. *História dos movimentos e lutas sociais*. São Paulo: Loyola, 2003. p. 195.

9 WAGNER, Eugênia Sales. *Hannah Arendt e Karl Marx: o mundo do trabalho*. Cotia: Ateliê, 2000. p. 186.

10 FREITAS, Maria de Fátima Quintal de. Dimensões da exclusão e da participação na vida cotidiana: perspectiva da psicologia social comunitária latino-americana. In: SCMIDT, Maria Auxiliadora; STOLTZ, Tânia (Org.). *Educação, cidadania e inclusão social*. Curitiba: Aos Quatro Ventos, 2006. p. 110.

Assim, na busca de inclusão na sociedade de consumo, os indivíduos acabam procurando formas alternativas de aquisição de bens - não importando a origem dos recursos¹¹ – recorrendo à informalidade, ao subemprego ou mesmo à prática de condutas consideradas delituosas, como o tráfico, e degradantes, como a prostituição, movimentando um mercado que, apesar de lucrativo, não fornece a contrapartida social esperada.

Este acesso aos bens de consumo muitas vezes tem efeitos imediatos aparentemente mais vantajosos – um trabalhador informal, por exemplo, não tem descontada de sua remuneração as contribuições previdenciárias e sociais. Porém, os efeitos mediatos são sentidos no momento em que este trabalhador busca a satisfação de suas demandas junto ao Estado, e se vê excluído de seu atendimento – quando necessitar de aposentadoria ou de um tratamento de saúde¹².

A construção de um sentimento de pertencimento e inclusão passa pelo posicionamento do Estado frente a esta parcela de trabalhadores. No caso da fronteira, este contingente de mão-de-obra, apesar de expressivo, é relegado a uma condição de exclusão e inferioridade: transita diariamente, porém, como está à margem da arrecadação de tributos e contribuições sociais, passa a ser desconsiderado pelos Estados. Trafegam periodicamente e movimentam o mercado, “mas na condição de não trabalhadores, a sua identidade – a construção de si mesmos como um ser psicossocial – já se inicia pela negação de si próprio como tal.”¹³

O “sacoleiro”, o taxista e mototaxista, o ambulante, as empregadas domésticas e o “pasero¹⁴” são peças fundamentais na engrenagem econômica da fronteira, porém, como sua cidadania é fluida, e seu sentimento de pertencimento é ambíguo – vive parte do tempo em um país, mas obtém sua renda em outro – é um desafio aos Estados o atendimento das demandas desta parcela da população que vive na informalidade.

As barreiras migratórias, os diferentes níveis de assistência social e organização político-econômica dos Estados envolvidos ampliam ainda mais as dificuldades para o atendimento satisfatório. Apesar de algumas políticas públicas locais serem implementadas, a falta de conexão e interação entre os envolvidos acaba por torná-las pouco eficientes e abrangentes.

As ações empreendidas pelo Estado não se implementam automaticamente, têm movimento, têm contradições e podem gerar resultados diferentes dos esperados. Especialmente por se voltar para e dizer respeito a grupos diferentes, o impacto das políticas sociais implementadas pelo Estado capitalista sofrem o efeito de interesses diferentes expressos nas relações sociais de poder.¹⁵

A título de ilustração, uma política pública de regularização dos trabalhadores domésticos foi iniciada no ano de 2012 na cidade de Foz do Iguaçu, a fim de regularizar a situação destas pessoas tanto no âmbito migratório como trabalhista. Porém, os próprios trabalhadores, receosos em perder sua fonte de renda caso os empregadores vissem seu custo aumentado, preferiram permanecer na informalidade¹⁶.

11 BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 90.

12 BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.91

13 FREITAS, Maria de Fátima Quintal de. Dimensões da exclusão e da participação na vida cotidiana: perspectiva da psicologia social comunitária latino-americana. In: SCMIDI, Maria Auxiliadora; STOLTZ, Tânia (Org.). *Educação, cidadania e inclusão social*. Curitiba: Aos Quatro Ventos, 2006. p. 110.

14 Na trílice fronteira, como em muitas cidades e espaços fronteiriços existem pessoas que trabalham passando mercadorias para o outro lado, evitando os controles aduaneiros. Essas pessoas vivem de cruzar a fronteira. A estratégia histórica consiste em passar poucas mercadorias em cada viagem, distribuindo eventualmente a mercadoria com outro passador. Esses “paseros” ou “passadores” são a peça chave de uma rede transfronteiriça de grande complexidade que em seus extremos, começa e termina nas grandes cidades dos países fronteiriços. CARNEIRO FILHO, Camilo Pereira. Trílice fronteira entre Brasil-Paraguai-Argentina: transfronteirização através do crime. *Revista Relações Internacionais no Mundo Atual*, Curitiba, v. 2, n. 16, 2012. p. 87.

15 HÖFLING, Heloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, ano 21, n. 55, nov. 2001. p. 35.

16 PARO, Denise. Denúncias de trabalho escravo levam MP a notificar síndicos em Foz, Curitiba, *Gazeta do Povo*, 10 fev. 2012.

Saliente-se que esta medida foi puramente repressiva e unilateral por parte do governo brasileiro, sem planejamento ou conexão com outras políticas integradas com os países vizinhos. Assim, sem a oferta de uma alternativa viável de subsistência ou acolhimento no país de origem, o trabalhador informal permanece em situação de risco e vulnerabilidade.

3 O espaço geográfico da fronteira trinacional

Apesar de a região ser conhecida pelos colonizadores europeus desde o século XVI, sua ocupação plena é bastante recente, datada da transição entre os séculos XIX e XX, com a instalação da colônia militar de Vila Iguassu, atual Foz do Iguaçu, cuja finalidade era muito mais voltada à demarcação territorial nacional do que povoamento. A Argentina também passou a contar com um destacamento militar, porém a margem paraguaia ficou até a metade do século restrita a raros núcleos populacionais¹⁷.

Atraídos pela extração de madeira e cultivo de hortelã e erva-mate, migrantes do Rio Grande do Sul e Santa Catarina passaram a ocupar a região, em pequenas e médias propriedades fracionadas pelas empresas colonizadoras, que também incentivaram a formação de vilas e povoamentos¹⁸. Foz do Iguaçu, Puerto Iguazu e a recém-fundada Puerto Presidente Stroessner (atual Ciudad del Este) permaneceram em certa estabilidade demográfica até a década de 1970.

A partir de 1974, começa a definição de um novo ciclo de crescimento regional, intimamente ligado à implantação da Usina Hidrelétrica de Itaipu Binacional. A construção da barragem causou fortes impactos sociais e ambientais em toda a região, principalmente em Foz do Iguaçu, em virtude do canteiro de obras situado no município.

Nesta fase de desenvolvimento, a construção da Hidrelétrica passa a ser um forte fator de atração de correntes migratórias, trazendo, além de contingentes populacionais de outras partes do Estado, trabalhadores e seus familiares de São Paulo, Minas Gerais, e Rio Grande do Sul, e ainda, imigrantes de outros países.

A construção da Hidrelétrica de Itaipu Binacional empregou um aporte de mão-de-obra que, no ápice de sua construção, atingiu cerca de 40.000 trabalhadores. Foz do Iguaçu, segundo dados do IBGE, contava em 1970 com 33.966 habitantes e passou a ter, 136.321 em 1980. Se comparada à população de 1960 (28.212 habitantes), registrou-se um crescimento de 383% no total da população do Município em apenas 20 anos. Em 2007, identificou-se que na região da fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina viviam cerca de 1,9 milhões de pessoas.¹⁹

Outro fator que veio a contribuir com o inchaço populacional foi a formação de um comércio bastante expressivo em Puerto Presidente Stroessner – que passou a ser denominada Ciudad del Este a partir de 1989 – que atraiu imigrantes do Oriente Médio (libaneses, sírios e jordanianos, principalmente), da Ásia (China, Coreia do Sul, Japão e Índia) e de outros países da América Latina.

Assim, a partir das décadas de 1970 e 1980 houve uma transformação na configuração demográfica da região, porém, os problemas são distintos em cada um dos três países, pois são muito diferentes em tamanho, população, características étnico-culturais, políticas, econômicas e sociais.²⁰

17 CORREA, Marcos Sá. *Meu vizinho, o Parque Nacional do Iguaçu*. Cascavel: Tuicial, 2009. p.29.

18 CORREA, Marcos Sá. *Meu vizinho, o Parque Nacional do Iguaçu*. Cascavel: Tuicial, 2009. p. 38.

19 TACRO, Marcia Anita Sprandel (Coord.). *Situação das Crianças e dos Adolescentes na Tríplice Fronteira entre Argentina, Brasil e Paraguai: desafios e recomendações*. Curitiba: ITAIPU Binacional; UNICEF, 2005. p. 11.

20 TACRO, Marcia Anita Sprandel (Coord.). *Situação das Crianças e dos Adolescentes na Tríplice Fronteira entre Argentina, Brasil e Paraguai: Desafios e recomendações*. Curitiba: ITAIPU Binacional; UNICEF, 2005. p. 5.

Uma vez que boa parte da mão-de-obra empregada na construção da Usina de Itaipu estabeleceu-se na região, após a desaceleração decorrente da finalização da construção, este contingente viu-se sem a possibilidade de reabsorção no mercado de trabalho.

Do outro lado, no Paraguai, a informalidade e o domínio do comércio por parte de imigrantes, retirou da população local a possibilidade de integração plena na cadeia produtiva, ficando à margem da assistência do Estado em suas políticas sociais e de emprego, vendo-se forçada a migrar em busca de melhores condições.

Estes elementos contribuíram para a formação de um sistema paralelo de obtenção de renda: o transporte de mercadorias, contrabando, descaminho, sonegação fiscal e até mesmo o tráfico de drogas e armas. A fronteira, fragilmente fiscalizada, passa assim de um canteiro de obras e destino de compras para um problema social de proporção nacional.

Considerando que este mercado paralelo, fortemente vinculado à informalidade, não gera receitas imediatas aos Estados envolvidos, durante muito tempo a única preocupação foi ignorar ou reprimir estas formas de obtenção de renda²¹. Porém, ao perceberem que uma parte significativa das populações locais dependia deste mercado para sua subsistência, a atenção dos países passou a se voltar para a busca de soluções – ou mesmo paliativos – para o enfrentamento dos problemas tão diferenciados na fronteira.

4 Fragilidades da fronteira: migração, violência e marginalização

Como acima mencionado, após a redução da demanda por mão-de-obra, a população que se instalou na região trinacional precisou buscar novas alternativas de renda. A vulnerabilidade econômica e social abriu portas para novos problemas, especialmente de segurança pública, planejamento urbano, educação e atendimento básico de saúde – sem que a arrecadação ou estrutura de serviços públicos acompanhasse a demanda.

Os fatores de risco passam a se acumular em certas áreas sociais, em medida inversa dos fatores de proteção, aumentando a “pobreza e a invisibilidade social, que nessa perspectiva, passam a significar uma vulnerabilidade crônica diante dos riscos que se multiplicam para os indivíduos do meio urbano reconfigurado.”²² As estruturas de atendimento, nestes casos, por falta de planejamento ou mesmo crescimento desordenado, são insuficientes às demandas.

Se o ambiente da fronteira é quase sempre associado à hostilidade, e os poderes públicos – locais e centrais – ignoram as fragilidades inerentes a esta realidade, a inserção forçosa na sociedade de consumo passa a se aliar a uma forte coesão orgânica e interna de grupos delituosos, cujo estrito respeito das normas e dos códigos nele vigentes contrastam fortemente com a relativa debilidade de seus laços com outros setores da sociedade ou com sua dimensão delituosa.²³

O estabelecimento de um sistema paralelo de geração de riqueza ligado ao ilícito, de abrangência nacional e até mesmo internacional, passa a fazer parte da realidade da fronteira.

Na Tríplice Fronteira o contrabando e o descaminho são parte do cenário cotidiano de um território em processo de transfronteirização. Além de possuir fortes vínculos com redes internacionais de comércio

21 [...] a paisagem da região é marcada pelo contrabando formiga. Muitos brasileiros que vivem em Foz do Iguaçu tiram seu sustento e mantêm suas famílias atuando como “sacoleiros” e “laranjas”. Eles são tratados como contraventores pelas autoridades policiais [...] CARNEIRO FILHO, Camilo Pereira. Tríplice fronteira entre Brasil-Paraguai-Argentina: transfronteirização através do crime. *Revista Relações Internacionais no Mundo Atual*, Curitiba, v. 2, n. 16, 2012. p. 88.

22 SORJ, Bernardo; MARTUCELLI, Danilo. *O desafio Latino-Americano: coesão social e democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 168.

23 SORJ, Bernardo; MARTUCELLI, Danilo. *O desafio Latino-Americano: coesão social e democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 168.

(legais e ilegais) a região tem a economia aquecida com o fluxo turístico e a presença de duas zonas francas (Ciudad del Este e Puerto Iguazú), onde circulam cinco moedas – o real, o peso, o guarani, o dólar e o euro. O comércio internacional muito desenvolvido faz de Ciudad del Este a terceira maior zona franca comercial do mundo depois de Miami e Hong Kong.²⁴

Também, as disparidades econômicas e diferentes níveis de comércio internacional – com a tentativa de integração perpetrada pela formação do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL em 1994 – aumentaram ainda mais o trânsito de pessoas entre os países.

Assim, passou a fazer parte da estratégia de sobrevivência de muitas famílias, que vivem na região, a procura por serviços ou trabalho no outro lado da fronteira, sempre que consideram que ali terão melhores possibilidades de assistência social básica ou melhores condições de trabalho. Como exemplo, pode-se citar o caso de brasileiros que trabalham no comércio de Ciudad del Este, ou trabalhadores informais oriundos do Paraguai e Argentina que vêm ao Brasil.²⁵

Um dos fatores que apresenta efeitos mais concentrados nas comunidades fronteiriças em zona de fronteira é o trabalho. As oportunidades que oferece o Estado mais desenvolvido, sobretudo para a realização de tarefas pesadas descartadas pelos profissionais qualificados desse mesmo Estado acarretam ao longo do tempo o fluxo de trabalhadores do lado mais pobre para o lado mais rico do limite internacional. Esse fluxo pode ser constituído por trabalhadores diaristas ou sazonais, sem qualificação ou semi-qualificados, formais ou informais, atraídos pelas oportunidades de trabalho e, principalmente, pelo possível atendimento de assistência social do outro lado.²⁶

Na busca de melhor atendimento em serviços sociais, as políticas públicas implementadas nem sempre se apresentam suficientes para o atendimento de todos os cidadãos. Um exemplo são as parturientes vindas do Paraguai, que buscam no Sistema Único de Saúde brasileiro o atendimento que não recebem em seu país. Porém, o cálculo demográfico realizado pelo SUS, não contempla este número excedente à população fixa da cidade de Foz do Iguaçu, gerando um déficit ao pleno atendimento de gestantes brasileiras.²⁷

As ações governamentais de saúde apresentam uma defasagem, por não considerar o ambiente específico aos quais são direcionadas. Se as estimativas utilizadas demonstram somente a parcela da população com residência e empregos fixos, o contingente migrante é desconsiderado no contexto.

As políticas públicas de trabalho e emprego, e de proteção à infância e juventude, demonstram que os Estados não conseguem solucionar a delicada questão das crianças trabalham no campo e na cidade, ou a preocupante situação das empregadas domésticas – em situações degradantes e condição análoga à escravidão²⁸. Considere-se também que a fronteira trinacional é um grande desafio, dada a atração que exerce sobre crianças e adolescentes, cooptadas para todo tipo de trabalho – lícito ou ilícito.

Para ajudar a resolver tais problemas, os três países desenvolvem diferentes programas de transferência de renda. Na Argentina, vale destacar os programas: “Jefas e Jefes de Hogar Desempleados”, “Ingreso para el Desarrollo Humano” e o “Plan Nacional de Familias por la Inclusión Social”. No Brasil, há

24 CARNEIRO FILHO, Camilo Pereira. Tríplice fronteira entre Brasil-Paraguai-Argentina: transfronteirização através do crime. *Revista Relações Internacionais no Mundo Atual*, Curitiba, v. 2, n. 16, p. 84-101, 2012. p. 87.

25 TACRO, Marcia Anita Sprandel (Coord.). *Situação das Crianças e dos Adolescentes na Tríplice Fronteira entre Argentina, Brasil e Paraguai*: desafios e recomendações. Curitiba: ITAIPU Binacional; UNICEF, 2005. p. 17.

26 BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Secretaria de Programas Regionais. *Proposta de Reestruturação do Programa de Desenvolvimento da faixa de fronteira*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2005. p. 156.

27 ASTORGA, Jose Ignacio. Contexto dos Países e da Fronteira. *Revista de Estudo da Rede de Serviços de Saúde na Região de Fronteira Argentina Brasil e Paraguai 2001-2002*, Brasília, 2004. p. 38.

28 TACRO, Marcia Anita Sprandel (Coord.). *Situação das Crianças e dos Adolescentes na Tríplice Fronteira entre Argentina, Brasil e Paraguai*: desafios e recomendações. Curitiba: ITAIPU Binacional; UNICEF, 2005. p. 11

o “Bolsa Família”, o “Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI)” e o “Projeto Agente Jovem de Desenvolvimento Social e Humano”. No Paraguai, há o “Programa Abrazos”.²⁹

Mas, mesmo que programas sociais de assistência e transferência de renda sejam ofertados, a possibilidade de inserção no mercado encontra barreiras culturais e educacionais, ligadas ao idioma ou à formação escolar. Se antes a migração era permanente – a família toda se transferia para outro país, inserindo-se no contexto social em definitivo, os padrões migratórios transfronteiriços recentes incorporam novos comportamentos aos característicos das décadas sessenta e setenta, isto é, fluxos nos quais, independentemente do lugar de origem e destino, as distâncias são mais curtas e sobretudo, a duração é menor.³⁰

A migração pendular³¹, como é chamado o movimento urbano individual periódico, corresponde a um conjunto complexo de deslocamento realizado pela população para exercer seus atos cotidianos. A escolha dos locais dessa movimentação dependem diretamente da relação de benefícios possíveis, dependendo da oferta e trabalho e renda.

Nestes casos aplica-se a função de utilidade da migração, onde o indivíduo faz uma comparação entre os níveis de utilidade do lugar atual de residência com os demais lugares alternativos conhecidos, incorpora fatores materiais ou tangíveis (ingresso, possibilidades de emprego, poder de compra, etc.) e fatores não materiais ou intangíveis, tais como aceitação social, conduta cultural ou idioma.³²

Observa-se que, por suas características particulares, “a área da Tríplice Fronteira apresenta uma visível heterogeneidade nas condições socioeconômicas, assim como na diversidade das culturas, com fluxos de pessoas, bens e capitais.”³³ O cenário diversificado, considerado muitas vezes como uma vantagem cultural, traz resultados práticos nem sempre positivos, em razão da multiplicidade de atores.

Esta heterogeneidade faz com que

neste espaço convivam diferentes grupos sociais criando-se toda sorte de interface política, econômica e cultural que permite o desenvolvimento de uma endocultura própria com ideias, costumes, tradições e gostos que, embora sejam próprios de cada país, incorporam especificidades do Paraguai, da Argentina e do Brasil.³⁴

O traço marcante pertence à sociedade fronteiriça e se expressa através de uma convivência cotidiana da população não migrante estabelecida, que por exemplo,

usufrui de serviços oferecidos no “outro lado” tais como assistência à escola, acesso a postos médicos e hospitais, atenção de urgência hospitalar (um importante número de mulheres paraguaias são atendidas de urgência no Brasil quando de seus partos), acesso à seguridade social do outro país, por duplo registro de nascimento, dentre outros.³⁵

29 TACRO, Marcia Anita Sprandel (Coord.). *Situação das Crianças e dos Adolescentes na Tríplice Fronteira entre Argentina, Brasil e Paraguai: desafios e recomendações*. Curitiba: ITAIPU Binacional; UNICEF, 2005. p. 12.

30 ASTORGA, Jose Ignácio. Contexto dos Países e da Fronteira. *Revista de Estudo da Rede de Serviços de Saúde na Região de Fronteira Argentina Brasil e Paraguai: 2001-2002*, Brasília, 2004. p. 27.

31 MOURA, Rosa, et al. Movimento pendular e perspectivas de pesquisas em aglomerados urbanos. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 19, n. 4, p. 121-133, out./dez. 2005. p. 122.

32 ASTORGA, Jose Ignácio. Contexto dos Países e da Fronteira. *Revista de Estudo da Rede de Serviços de Saúde na Região de Fronteira Argentina Brasil e Paraguai: 2001-2002*, Brasília, 2004. p. 27.

33 TACRO, Marcia Anita Sprandel (Coord.). *Situação das Crianças e dos Adolescentes na Tríplice Fronteira entre Argentina, Brasil e Paraguai: desafios e recomendações*. Curitiba: ITAIPU Binacional; UNICEF, 2005. p. 6.

34 TACRO, Marcia Anita Sprandel (Coord.). *Situação das Crianças e dos Adolescentes na Tríplice Fronteira entre Argentina, Brasil e Paraguai: desafios e recomendações*. Curitiba: ITAIPU Binacional; UNICEF, 2005. p. 6.

35 ASTORGA, Jose Ignácio. Contexto dos Países e da Fronteira. *Revista de Estudo da Rede de Serviços de Saúde na Região de Fronteira Argentina Brasil e Paraguai: 2001-2002*, Brasília, 2004. p. 27-28.

O aspecto levado em conta, é sempre a capacidade de atendimento e facilidade de acesso às ações estatais.

Ou seja, as pessoas permanecem vinculadas à sua origem, porém, exercem suas atividades habituais em outro país. Apesar de não contabilizadas em números oficiais, devido à sua “invisibilidade social” e cidadania fluida, procuram atendimento junto ao Estado que lhes oferece condições mais palpáveis de assistência.

5 Tríplice problema ou múltipla solução?

Apesar de inserção na economia local, a dualidade nas interações sociais mostra-se como um obstáculo ao exercício pleno à cidadania e às prestações do Estado dela decorrentes, através de um sentimento ambíguo entre integração e exclusão.

O sentimento de pertencimento a uma nação através da preservação da língua, da descendência e da cultura, da etnia, da moral e da tradição, não confere direito algum. Neste sentido, o sentimento de pertencimento ao território, muito embora incorpore uma concepção de territorialidade, é suprimido em detrimento de uma organização socioespacial pautada pela integração econômica com segmentação e exclusão social.³⁶

Os chamados “brasiguaios³⁷”, os trabalhadores autônomos, os vendedores ambulantes são exemplos desta dinâmica social. Apesar de habitar este espaço geográfico e de manter estreitas relações sociais e territoriais em ambos os países, não são considerados titulares de cidadania plena em nenhum.

Na busca do alívio à pobreza, ainda que sem um emprego dentro dos parâmetros de cobertura social, os indivíduos deixam de ser considerados cidadãos, por uma ótica governamental que lhes torna invisíveis e insuscetíveis às prestações sociais.

São situações que se aguçam em regiões fronteiriças, nomeadamente em regiões empobrecidas e com alto grau de desigualdade econômica e pobreza, sendo que o acesso aos bens e serviços tem como parâmetro o mercado e uma escassa proteção por parte do Estado.³⁸

Muito embora a região da fronteira trinacional apresente elevada circulação monetária³⁹ e intenso movimento de turistas – de lazer ou de compras – os benefícios da riqueza gerada não são satisfatoriamente revertidos aos milhares de trabalhadores que contribuem com este mercado, seja porque a renda não permanece neste mesmo mercado, seja porque estão fora de um sistema formal de arrecadação fiscal ou social.

A fim de mitigar este problema, algumas medidas de iniciativa local, ligadas à ONGs e OSCIPs⁴⁰ vêm tentando oferecer, dentro do possível, orientação para estes indivíduos em situação de vulnerabilidade

36 SILVA, Maria Geusina; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Brasiguaios: a dupla desigualdade na região da fronteira. In: COSTA, Lucia Cortes (Org). *Estado e democracia: pluralidade de questões*. Ponta Grossa: UEPG, 2008. p. 163.

37 Quem são os brasiguaios? São brasileiros que vivem no Paraguai? São paraguaios que vivem no Brasil? São brasileiros e paraguaios? É um migrante quem nos diz quem é este grupo: “Nós percebemos que este nome de brasiguaião significa para muitas pessoas um pessoal humilde, sem terra, sem país. É um pessoal sem país, são os brasileiros que vivem no Paraguai, país estrangeiro, então eles eram sem pátria, brasileiro sem pátria. Não eram brasileiros nem paraguaios”. MENEZES, Marilda Aparecida de. *Histórias de Migrantes*. São Paulo: Loyola, 1992. p. 115.

38 SILVA, Maria Geusina; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Brasiguaios: a dupla desigualdade na região da fronteira. In: COSTA, Lucia Cortes (Org). *Estado e democracia: pluralidade de questões*. Ponta Grossa: UEPG, 2008. p.169.

39 CARNEIRO FILHO, Camilo Pereira. Tríplice fronteira entre Brasil-Paraguai-Argentina: transfronteirização através do crime. *Revista Relações Internacionais no Mundo Atual*, Curitiba, v. 2, n. 16, 2012.

40 A Casa do Migrante, ligada à Igreja Católica, é uma das organizações não governamentais e sem fins lucrativos que prestam assistência a imigrantes em situação irregular, vítimas de tráfico de pessoas (com finalidade de exploração sexual ou trabalho análogo à

social, no intuito de formular estratégias locais de integração e cidadania, cobrar ações dos governos regionais e centrais, para que o desenvolvimento de um poder local se exerça no espaço de relação da sociedade civil com a sociedade política.⁴¹

Não obstante as relações entre os países estarem reguladas pelos níveis centrais de cada governo nacional, existe um conjunto de ações que podem ser materializadas em nível local, visto que têm, como pano de fundo, a otimização dos recursos disponíveis na cidade ou região. Para tanto, recomenda-se considerar o estabelecimento de sistemas de comunicação e intercâmbio fluído entre os países, que se constitui no primeiro passo para uma coordenação maior dos esforços.⁴²

Considerando que as necessidades imediatas têm seu atendimento inicial no âmbito local, a investigação destas demandas pode ser facilitada com o diálogo entre os poderes municipais e intencionais, e o próprio coletivo local – empresários, órgãos de classe, ONGs.

De forma mediata, a identificação clara das peculiaridades da fronteira deve ser levada aos níveis centrais de governo, a fim de definir com maior precisão as políticas públicas a serem adotadas. Neste sentido, “a coesão social é inseparável das capacidades que tem uma sociedade para organizar o diálogo e o conflito entre interesses opostos.”⁴³

Para tanto, o reconhecimento do trabalhador informal, do indivíduo marginalizado, dos desamparados pelos serviços sociais como sujeitos a serem incluídos como cidadãos é fundamental.

Considerando que, embora a população residente nas principais áreas urbanas desses países tem acesso a um sistema de bem-estar próximo ao tipificado como universalismo estratificado, uma parcela à margem dos direitos garantidos àqueles que possuem cidadania plena, tem muito pouca ou nenhuma cobertura dos serviços sociais.⁴⁴

Outro entrave à implementação bem sucedida de políticas públicas em áreas de fronteira é a desarticulação, que prejudica a infraestrutura, pulveriza e recursos e desconecta os investimentos. Sem uma boa comunicação entre os poderes públicos envolvidos, a formulação de estratégias que apresentem altos custos e poucos benefícios eleva-se exponencialmente.

É necessário então compreender que a fronteira apresenta problemas diversos da realidade do restante do país, aí residindo a necessidade da elaboração de políticas públicas diferenciadas e integradas. Para exemplificar, pode-se utilizar o exemplo das políticas de trabalho e emprego. Não será possível enfrentar o problema do subemprego, se a oferta de postos em um país se mostra insuficiente, motivando a migração com finalidade laboral. Tampouco uma medida isolada de combate à contratação ilegal, à margem da

escravidão) e pessoas em busca de orientação. Com 4.300 atendimentos realizados entre 2010 e 2011, a casa leva esclarecimentos sobre documentação, legislação trabalhista e acesso a serviços de educação e saúde na fronteira, entre outros serviços. Entre os atendimentos, 56,43% são a paraguaios, 38,25% a brasileiros e 5,32% a cidadãos de outros países. Destes, 48,52% têm o segundo grau incompleto. Outra característica observada foi a predominância de trabalhadoras domésticas ou do lar que procuraram o serviço, que respondem por 38,56% dos atendimentos, seguidas de agricultores (913 trabalhadores), estudantes (166), atendentes / balconistas (161), pedreiros / mecânicos (120) e trabalhadores da construção civil (71). Profissionais de outras áreas responderam por 186 consultas. O sucesso da Casa do Migrante de Foz do Iguaçu fez surgir demandas de projetos similares em outras áreas de fronteiras, como a Casa do Migrante em Oiapoque, no Amapá. BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Casa do Migrante de Foz do Iguaçu completa dois anos. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/imprensa/casa-do-migrante-de-foz-do-iguacu-completa-dois-anos.htm>. Acesso em 19 de maio de 2014.

41 GOHN, Maria da Glória. Comunidade: origens, ressignificações e articulações com o poder local no Século XXI. In: SOUZA, Maria Antônia; COSTA, Lucia Cortes. (Org). *Sociedade e Cidadania: desafios para o século xxi*. Ponta Grossa: UEPG, 2005. p. 25.

42 ASTORGA, Jose Ignacio. Contexto dos Países e da Fronteira. *Revista de Estudo da Rede de Serviços de Saúde na Região de Fronteira Argentina Brasil e Paraguai: 2001-2002*, Brasília, 2004. p. 29.

43 SORJ, Bernardo; MARTUCELLI, Danilo. *O desafio Latino-Americano: coesão social e democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 150.

44 SORJ, Bernardo; MARTUCELLI, Danilo. *O desafio Latino-Americano: coesão social e democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 212.

legislação trabalhista se mostrará eficiente, se estes empregados não encontrarem uma alternativa viável de obtenção de renda.

Assim, é fundamental a integração na formulação e implementação das políticas públicas, nos diversos níveis governamentais, para o atendimento adequado das demandas específicas deste espaço geográfico diferenciado. Ainda que cada Estado possua regramentos próprios, o diálogo e a identificação das fragilidades comuns são ferramentas indispensáveis para a escolha adequada ao atendimento da população fronteiriça.

6 Conclusão

A fronteira trinacional, considerada ponto estratégico de encontro entre territórios dos Estados brasileiro, argentino e paraguaio, demanda que as políticas públicas neste seu contexto devem estar, na medida do possível, adaptadas às particularidades locais. Isto porque nesta região os conceitos de cidadania não são estáticos, e a configuração social possui um elevado grau de mobilidade, o que não é observado em outras localidades.

Dentro desta questão, as ações governamentais que envolvem esta área devem ser formuladas e executadas de forma integrada pelas autoridades dos países envolvidos, articulando tanto os governos centrais quanto locais, caso contrário, os problemas que ocorrem em um lado da fronteira podem ser transferidos para o outro.

Ainda que tal transferência não ocorra, as ações de governo pensadas de forma conjunta podem se mostrar mais eficientes, proporcionando custos mais baixos e resultados mais imediatos do que seriam praticados caso fossem feitas ações de forma isolada.

A oferta de políticas públicas eficazes, no caso da fronteira trinacional, está intimamente ligada à adequação entre demanda social e níveis de atendimento similares nos países vizinhos. Ainda que dotadas de especificidades, as realidades sociais dos Estados envolvidos interligam-se, no momento em que os cidadãos movimentam-se constantemente em busca de melhores ofertas de assistência social.

Além disso, a criação de espaços que permitam o diálogo transfronteiriço pode ser útil para que iniciativas de sucesso observadas por um país sejam replicadas para o país vizinho, dentro de parâmetros de contemplem a inclusão à cidadania plena e redução das desigualdades sociais.

Em suma, é necessário desenvolver estratégias que permitam superar a visão da fronteira como um espaço problemático, sendo necessário encarar a região como uma zona plena de oportunidades, de desenvolvimento, de integração local e internacional, orientando o diálogo para a solução de pontos controvertidos e compartilhamento de experiências positivas, valorizando e fortalecendo a cidadania.

Referências

ASTORGA, Jose Ignacio. Contexto dos Países e da Fronteira. *Revista de Estudo da Rede de Serviços de Saúde na Região de Fronteira Argentina Brasil e Paraguai: 2001-2002*, Brasília, 2004.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Casa do Migrante de Foz do Iguaçu completa dois anos*. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/imprensa/casa-do-migrante-de-foz-do-iguacu-completa-dois-anos.htm>>. Acesso em: 19 maio 2014.

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Secretaria de Programas Regionais. *Proposta de Reestruturação do Programa de Desenvolvimento da faixa de fronteira*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2005.

- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CARDOSO JÚNIOR, José Celso. *Desafios ao desenvolvimento brasileiro*. Brasília: IPEA, 2009.
- CARNEIRO FILHO, Camilo Pereira. Tríplice fronteira entre Brasil-Paraguai-Argentina: transfronteirização através do crime. *Revista Relações Internacionais no Mundo Atual*, Curitiba, v. 2, n. 16, p. 84-101, 2012.
- CORREA, Marcos Sá. *Meu vizinho, o Parque Nacional do Iguaçu*. Cascavel: Tuicial, 2009.
- CUNHA, Luiz Antônio. *Educação, Estado e Democracia no Brasil*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FREITAS, Maria de Fátima Quintal de. Dimensões da exclusão e da participação na vida cotidiana: perspectiva da psicologia social comunitária latino-americana. In: SCMIDT, Maria Auxiliadora; STOLTZ, Tânia (Org.). *Educação, cidadania e inclusão social*. Curitiba: Aos Quatro Ventos, 2006.
- GOHN, Maria da Glória. *História dos movimentos e lutas sociais*. São Paulo: Loyola, 2003.
- GOHN, Maria da Glória. Comunidade: origens, ressignificações e articulações com o poder local no Século XXI. In: SOUZA, Maria Antônia; COSTA, Lucia Cortes (Org.). *Sociedade e cidadania: desafios para o século XXI*. Ponta Grossa: UEPG, 2005. p. 25.
- HÖFLING, Heloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, ano 21, n. 55, nov. 2001.
- MENEZES, Marilda Aparecida de. *Histórias de Migrantes*. São Paulo: Loyola, 1992.
- MOURA, Rosa, et al. Movimento pendular e perspectivas de pesquisas em aglomerados urbanos. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 19, n. 4, p. 121-133, out./dez. 2005.
- PARO, Denise. Denúncias de trabalho escravo levam MP a notificar síndicos em Foz. *Gazeta do Povo*, Curitiba, p. 18-19, 10 de fev. 2012.
- PRZEWORSKI, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.
- SILVA, Maria Geusina; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Brasiguaios: a dupla desigualdade na região da fronteira. In: COSTA, Lucia Cortes (Org.). *Estado e democracia: pluralidade de questões*. Ponta Grossa: UEPG, 2008.
- SORJ, Bernardo; MARTUCELLI, Danilo. *O desafio Latino-Americano: coesão social e democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- TACRO; Marcia Anita Sprandel (Coord.). *Situação das Crianças e dos Adolescentes na Tríplice Fronteira entre Argentina, Brasil e Paraguai: desafios e recomendações*. Curitiba: ITAIPU Binacional; UNICEF, 2005.
- WAGNER, Eugênia Sales. *Hannah Arendt e Karl Marx: o mundo do trabalho*. Cotia: Ateliê, 2000.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Representação interventiva, jurisdição constitucional e conflito federativo

Interventional representation, constitutional jurisdiction and federative conflict

Marcelo Rodrigues Mazzei
Sebastião Sérgio Silveira
Henrique Parisi Pazeto

Representação interventiva, jurisdição constitucional e conflito federativo

Interventional representation, constitutional jurisdiction and federative conflict

Marcelo Rodrigues Mazzei*

Sebastião Sérgio Silveira**

Henrique Parisi Pazeto***

Resumo

O presente artigo tem por objetivo o estudo da representação interventiva como instrumento para solução de conflito federativo. A representação interventiva, que está inserida na jurisdição constitucional brasileira como instrumento de manutenção do pacto federativo, foi objeto de poucos estudos aprofundados, mormente em razão da excepcionalidade de sua utilização. Inicialmente, serão descritos os aspectos gerais da intervenção federal nos Estados-membros e no Distrito Federal, com especial relevância ao estudo comparado entre a legislação brasileira e a legislação de alguns países da América Latina detentores de institutos políticos-jurídico similares, como a Argentina e o México. Posteriormente, será realizado levantamento histórico da representação interventiva no direito brasileiro, como forma de verificar a sua evolução dentro de cada etapa histórica em que o país vivenciava no momento. Por fim, será realizada uma análise específica da representação interventiva com sua normatização atual, onde serão abordadas algumas questões controvertidas sobre a sua utilização, especificamente a posição processual assumida pelo Procurador-Geral da República na condição de legitimado ativo, a possibilidade de desistência da representação, a natureza jurídica da ação interventiva e a vinculação ou não do Presidente da República para a decretação da intervenção quando julgada procedente a representação.

Introdução

A representação interventiva ou ação de inconstitucionalidade interventiva é um dos instrumentos mais antigos da jurisdição constitucional brasileira, tendo sua primeira previsão na Constituição de 1934.

Em razão da excepcionalidade de sua utilização, poucos estudos foram realizados até hoje, em especial após a regulamentação do seu procedimento pela Lei nº 12.562/2011.

Para melhor visualizar a excepcionalidade da medida, segundo a Assessoria de Gestão Estratégica do Supremo Tribunal Federal, em resposta ao pedido de informações formulado em 08 de setembro de 2013 e que foi registrado sob o protocolo nº 186569, desde a promulgação da Constituição Federal

Recebido em 04/11/2014

Aprovado em 25/01/2014

* Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP. Especialista em Processo Civil pela UNAERP. Procurador do Município de Ribeirão Preto.

* Professor titular e Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP) e Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Universidade de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra-Portugal. Promotor de Justiça do Estado de São Paulo.

* Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP. Especialista em Processo Civil pela UNAERP. Procurador do Município de Ribeirão Preto.

de 1988 até dezembro de 2012, foram distribuídas somente 05 representações interventivas de autoria do Procurador-Geral da República. Respectivamente, foram distribuídos: pedido de intervenção federal (IF) nº 116 em 1991; IF nº 126 em 1992; IF nº 4822 em 2005; IF nº 5129 em 2008 e IF nº 5179 em 2010.

A importância política do princípio federativo para a organização do Estado brasileiro é tão grande que ele não pode sequer ser suprimido por proposta de emenda constitucional (art. 60, § 4º, inciso I da CF).

A vedação à secessão e a autonomia política-administrativa dos entes federativos são características marcantes do sistema federativo (art. 1º, caput e art. 18, caput, da Constituição Federal).

A representação interventiva visa recuperar o equilíbrio federativo abalado pelo descumprimento por parte de um dos Estados-membros de alguma das disposições constitucionais concretizadoras de fundamentos, valores e comportamentos tidos como essenciais pela Constituição dentro do sistema político brasileiro, chamados pela doutrina de princípios sensíveis, bem como visa manter a higidez do ordenamento jurídico infraconstitucional nas hipóteses de recusa à execução de lei federal.

A submissão da apreciação dos pressupostos do pedido de intervenção ao Poder Judiciário, descritos nas hipóteses elencadas no art. 36, inciso III da Constituição Federal, denota claramente o funcionamento do sistema de freios e contrapesos (checks and balances), inerente ao princípio da separação de poderes, bem como reafirma a utilização da representação interventiva como um dos instrumentos para garantia desse sistema e para a solução de conflitos federativos.

Assim, mostra-se pertinente um maior aprofundamento teórico sobre a representação interventiva, em especial após a regulamentação infraconstitucional de seu procedimento pela Lei nº 12.562/2011.

Aspectos gerais da intervenção federal

A intervenção é instrumento político de uso excepcional, tendente a cessar situações que em virtude de sua gravidade afetam diretamente o princípio federativo. A suspensão da autonomia de um Estado-membro ou do Distrito Federal decorrente da intervenção federal, que é feita com o escopo de restabelecer o equilíbrio federativo, é uma medida extrema, cuja utilização excepcional não prescinde da presença dos pressupostos estabelecidos na Constituição Federal.

Foi na Constituição de 1891, após a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, que houve a primeira previsão da decretação de intervenção federal nos Estados (art. 6º)¹. A legitimidade para sua decretação era exclusiva do Congresso Nacional (art. 6º, §1º). A intervenção fazia-se necessária para assegurar o respeito aos princípios constitucionais da União, para garantir o livre exercício de quaisquer dos poderes públicos dos Estados e para reorganizar as finanças do Estado insolvente.

Segundo Francisco Fernández Segado, a Constituição dos Estados Unidos de 1787 foi o primeiro documento legal a prever a possibilidade de intervenção da União nos demais entes federativos, datando de 1794 a primeira intervenção federal norte-americana:

La intervención federal remonta su origen a la Constitución norteamericana de 1787. En el apartado decimoquinto de la sección octava del artículo 1º se faculta al Congreso “para dictar disposiciones para llamar a las armas a la milicia, a fin de que haga cumplir las leyes de la Unión, sofoque insurrecciones y repela invasiones”. (...) La primera intervención de que da noticia la historia norteamericana fue llevada a cabo por el presidente Washington en 1794, para sofocar la llamada “Whisky Insurrection”.²

1 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.161.

2 SEGADO, Francisco Fernández. *El Federalismo em América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 141.

Considerada por muitos como um exemplo de federalismo e democracia³, a Suíça foi o primeiro país da Europa a prever em sua Constituição o instituto da intervenção federal, ainda no ano de 1874⁴.

Na América Latina, além do Brasil, a Argentina e o México possuem instituto semelhante à intervenção federal.

O art. 75, nº 31 da Constituição da Argentina prevê a competência do Congresso Nacional para decretar a intervenção federal na cidade de Buenos Aires. Em caso de recesso do Congresso Nacional, caberá ao Chefe do Poder Executivo decretar a intervenção federal em Buenos Aires (art. 99, nº 20). Também cabe ao Congresso Nacional aprovar ou revogar a intervenção decretada no recesso parlamentar pelo Poder Executivo.

O art. 122 da Constituição da Argentina prevê que as províncias se organizam politicamente e administrativamente sem intervenção da União. Entretanto, no seu art. 6º, existe previsão dos motivos que podem dar ensejo à decretação da intervenção federal nas províncias. A União intervirá nas províncias para garantir a forma republicana de governo, bem como para repelir invasões estrangeiras e a pedido das autoridades locais em caso de ameaça interna provocada por outra província. Parte da doutrina argentina classifica os pressupostos de intervenção em pressuposto de proteção (para repelir invasões exteriores e internas) e pressuposto de restauração ou execução (para garantir a forma republicana de governo).⁵

Já a Constituição do México prevê o instituto da *intervención federal en la desaparición de poderes* (art. 76, inciso V da Constituição mexicana). Essa norma estipula que na situação do desaparecimento dos poderes constitucionais de um Estado-membro, o Senado nomeará um governante provisório, que convocará novas eleições. O governante provisório, figura semelhante ao interventor, será escolhido pelo Senado entre três candidatos indicados pelo Presidente da República, mediante votação de dois terços do parlamentares presentes na sessão.

Seu cabimento e o seu procedimento estão regulamentados na *Ley Reglamentaria de la Fracción V del Artículo 76 Constitucional*, publicada em 29 de dezembro de 1978. As hipóteses que configuram o desaparecimento dos poderes dos Estado-membros estão previstas no art. 2º da lei regulamentadora. São elas: a ofensa aos princípios regentes do sistema federal; o abandono das funções públicas pelo governador, exceto por força maior; a impossibilidade física do exercício das funções públicas pelo governador; quando o governador permanecer no cargo mesmo após o término de seu mandato ou quando o governo alterar a forma de organização política prevista no art. 40 e no art. 115 da Constituição mexicana (governo republicano, representativo, democrático, laico e federalista).

Apesar de haver algumas semelhanças entre a *desaparición de poderes* mexicana e a intervenção federal brasileira, Jorge Carpizo aponta que no plano jurídico existe uma sensível diferenciação, pautada principalmente pela gravidade e amplitude da intervenção federal ocorrida nos Estados mexicanos:

Aunque fácticamente la situación en este aspecto en México es muy parecida a la que acontece en Argentina y Brasil, jurídicamente el caso de México es algo diferente ya que no existe intervención sino declaración de que han desaparecido los poderes em uma entidad federativa. (...) Desde el punto de vista jurídico, la desaparición implica que esos poderes rompen el orden jurídico, que por um motivo u outro quebrantan el ordenamiento de la Constitución.⁶

A ampla discricionariedade política dos membros do Senado que pode sustentar a *desaparición de poderes* no sistema mexicano, a vagueza descritiva das hipóteses de intervenção previstas no art. 2º da lei

3 FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*, 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 211.

4 SEGADO, Francisco Fernández. *El Federalismo em América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 142.

5 GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación argentina comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley, 2002. p. 48.

6 CARPIZO, Jorge. *Federalismo em Latinoamérica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1973. p. 74/75.

reguladora, bem como a ausência de instrumentos judiciais de controle da real caracterização ou não das hipóteses interventivas, são os principais alvos das críticas formuladas por Manuel González Oropeza:

Resulta evidente que en el fondo de cada caso de desaparición de poderes, subyacen innumerables cuestiones políticas, múltiples causas que seguramente sólo a los actores les son conocidas y que em ningún foro público son explicadas. Ello nos fuerza a precisar que los datos recogidos en las reseñas efectuadas, muchas veces no corresponden a las causas reales que motivaron el empleo de la facultad senatorial; la candidez algunas veces, la violación flagrante otras, nos permiten deducir que los argumentos que se ventilaron en el Senado, no correspondían efectivamente al origen mismo del problema político y que se prefiere em estas ocasiones ser muy flexible en la interpretación de la Constitución general, antes de hacer públicas las razones efectivas que, de divulgarse, quizás ofendieran más la opinión pública de los principios políticos sobre los que sustenta el gobierno de México. (...) La facultad declarativa de desaparición de poderes há sido frecuentemente mal interpretada para acabar em forma inmediata com los gobiernos estaduais desafectos o contrarios a la política federal. (...) La experiencia de la práctica de desaparición de poderes há sido nefasta para el sistema federal mexicano.⁷

No Brasil, os motivos que dão ensejo à intervenção federal nos Estados-membros e no Distrito Federal estão descritos nos incisos do art. 34 da Constituição Federal.

A União promoverá a intervenção nos Estados-membros para coibir o exercício direito de secessão por parte dos Estados-membros, mantendo-se a unidade nacional (inciso I); para repelir invasão estrangeira ou de uma unidade federada em outra (inciso II); para resolver grave comprometimento à ordem pública (inciso III); para garantir o livre exercício institucional dos Poderes da República (inciso IV); para reorganizar as finanças dos Estados que suspenderam o pagamento de dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo força maior ou que deixaram de entregar aos Municípios as receitas tributárias fixadas na Constituição (art. 158 da CF) dentro dos prazos estabelecidos em lei (inciso V); para prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial (inciso VI) e para assegurar a observância dos princípios sensíveis (inciso VII).

A Constituição Federal permite que a União somente promova intervenção nos Estados-membros. Os Municípios situados no âmbito dos Estados-membros não se expõem à possibilidade constitucional de sofrerem intervenção decretada pela União, eis que, relativamente a esses entes municipais, a única pessoa política ativamente legitimada a neles intervir é o Estado-membro. Por isso mesmo, no sistema constitucional brasileiro, falece legitimidade ativa à União Federal para intervir em quaisquer Municípios, ressalvados, unicamente, os Municípios localizados em Território Federal (art. 35, caput da CF).⁸

O art. 84, inciso X, da Constituição Federal prevê que compete privativamente ao Presidente da República a decretação e a execução da intervenção federal. Ao Congresso Nacional, o art. 49, inciso IV da Constituição atribuiu a competência exclusiva de aprovar ou não o decreto presidencial de intervenção federal (controle político). O decreto de intervenção será submetido à apreciação do Congresso Nacional, que no prazo de vinte e quatro horas, deverá especificar a amplitude, o prazo e as condições da intervenção, bem como deverá nomear um interventor (art. 36, § 1º da CF). Alguns doutrinadores sustentam que a presença do interventor é dispensada dependendo do caso concreto, como ocorre na intervenção realizada somente no Poder Legislativo, em que “a presença do interventor torna-se desnecessária, desde que o ato interventivo atribua ao Governador as funções legislativas”.⁹

Nos casos previstos no art. 34, inciso VI (prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial) e inciso VII (ato que ofenda aos princípios sensíveis), será dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional

7 OROPEZA, Manuel González. *La intervención federal en la desaparición de poderes*, 2ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987. p. 235/237.

8 STF, IF 590 QO, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/1998, DJ 09-10-1998.

9 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 524.

do decreto interventivo, que se limitará, quando possível, a suspender a execução do ato ou suspender seus efeitos se essas medidas bastarem para a solução do conflito federativo (art. 36, § 3º da CF).

É importante salientar que no caso em que a intervenção federal objetive garantir o livre exercício de quaisquer dos Poderes da federação, ela dependerá de solicitação do Poder coacto (art. 36, inciso I da CF), bem como dependerá a intervenção no caso de desobediência à ordem ou decisão judicial de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral (art. 36, inciso II da CF).

Por fim, o ato interventivo não é suscetível de controle jurisdicional, exceto quando ocorrente visível inconstitucionalidade. Para José Afonso da Silva, a análise jurisdicional “não há sobre o ato de intervenção, porque se trata de ato de natureza política insuscetível de controle jurisdicional, salvo manifesta infringência às normas constitucionais”.¹⁰

Histórico da representação interventiva no Brasil.

A primeira previsão constitucional da representação interventiva ocorreu no art. 12, § 2º da Constituição de 1934, que previa a possibilidade da intervenção da União nos Estados-membros mediante provocação do Procurador-Geral da República à Corte Suprema para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas alíneas “a” a “h”, do inciso I, do art. 7º da Constituição (forma republicana representativa; independência e coordenação de poderes; temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; autonomia dos Municípios; garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público; prestação de contas da Administração; possibilidade de reforma constitucional e a competência do Poder Legislativo para decretá-la).

Nessas hipóteses, a intervenção somente ocorreria depois da manifestação da Corte Suprema sobre a constitucionalidade da lei que instituiu a intervenção.

O art. 8º, parágrafo único da Constituição de 1946 previa a competência do Procurador-Geral da República submeter o ato arguido de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal para que esse apreciasse a eventual decretação da intervenção da União no Estado-membro. O Procurador-Geral da República só detinha competência para arguir a inconstitucionalidade do ato para assegurar a forma republicana representativa; a independência e harmonia dos Poderes; a temporariedade das funções eletivas, limitada a duração dessas e das funções federais correspondentes; a proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; a autonomia municipal; a prestação de contas da Administração e a garantias do Poder Judiciário (art. 7º, inciso VII da Constituição de 1946).

A Constituição de 1946 não determinava um período máximo de intervenção junto ao Estado, mas determinava a necessidade de constar a previsão na lei ou decreto de intervenção da amplitude da intervenção, bem como sua duração e condições de executoriedade (art. 11). Igualmente, o art. 14 previa que cessados os motivos que houverem determinado a intervenção, voltariam ao exercício dos seus cargos as autoridades estaduais afastadas em consequência dela.

Note-se que a Constituição anterior, de 1937, previa a competência do Presidente da República intervir nos Estados membros diretamente nas hipóteses para impedir invasão iminente de um país estrangeiro no território nacional ou de um Estado em outro, bem como para restabelecer a ordem gravemente alterada nos casos em que o Estado não queira ou não possa fazê-lo e para administrar o Estado, quando, por qualquer motivo, um dos seus Poderes estiver impedido de funcionar (art. 9º, alínea “a”, “b” e “c”). Já quando se tratava da competência para decretar a intervenção federal nos Estados para assegurar a forma republicana e representativa de governo, bem como o governo presidencial e os

10 AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 463.

direitos e garantias assegurados na Constituição, o parágrafo único, do art. 9º da Constituição de 1937 delegava a competência à Câmara dos Deputados.

A Constituição Federal de 1967 em seu art. 11, § 1º, alínea “c”, manteve a disposição quanto à ação interventiva, promovendo, inclusive, a ampliação do seu objeto como forma de possibilitar a intervenção nos casos de omissão do Estado em cumprir a execução de lei federal ou decisão judicial, bem como permitir a intervenção quando vislumbrada a prática pelos deputados estaduais das situações mencionados nos incisos I e II do artigo 34, salvo quando exercerem a função de secretário de Estado.

Assim, com o acréscimo das situações anteriores, o Procurador-Geral da República poderia representar junto ao Supremo Tribunal Federal nas mesmas hipóteses previstas na Constituição de 1946, com a exceção da anterior previsão da possibilidade de intervenção quando configurada a tentativa de reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato (art. 7º, inciso VII, alínea “d” da Constituição de 1946), uma vez que a Constituição de 1967 não repetiu a disposição relativa à proibição de reeleição do Chefe do Poder Executivo em todas as esferas que constava no art. 139 da Constituição de 1946.

A ação de representação de inconstitucionalidade para fins de intervenção dos Estados nos Municípios foi criada por meio da Emenda nº 01, de 1969, que deu nova redação ao art. 15, § 3º, alínea “d” da Constituição de 1967. A referida norma previa que o Tribunal de Justiça do Estado poderia dar provimento a representação interventiva formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

A representação interventiva na Constituição Federal de 1988

A ação interventiva federal nos Estados-membros ou no Distrito Federal tem previsão no art. 36, inciso III da Constituição Federal, sendo regulamentada atualmente pela Lei nº 12.562/2011 e pelos arts. 5º, inciso VIII e 350 a 354 do Regimento Interno do STF.

O texto original da Constituição Federal de 1988 atribuía ao Superior Tribunal de Justiça a competência para julgamento da representação interventiva nos casos de recusa à execução de lei federal (art. 36, inciso IV). Essa disposição era regulamentada pelos arts. 19 a 22 da Lei nº 8.038/1990.

A atribuição da competência para julgamento da ação interventiva na hipótese de recusa à execução de lei federal estava ligada à competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento, via recurso especial, de decisão judicial que contrariasse a legislação federal. Contudo, tal interpretação, baseada na premissa de que o STJ deveria deliberar sobre qualquer conflito que envolvesse matéria de caráter infraconstitucional, encontrava-se incorreta, uma vez que “a alteração adotada pela versão primeira da Constituição de 1988 parece resultar de um equívoco produzido pelo literalismo, que levou o constituinte a atribuir ao STJ matéria que envolvesse a aplicação da lei federal”.¹¹

O inciso que previa a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar a representação interventiva nos casos de recusa do Estado-membro à execução de lei federal foi revogado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, sendo, atualmente, competente o Supremo Tribunal Federal para o julgamento dessa ação.

Note-se que mesmo antes da revogação do mencionado inciso, o Supremo Tribunal Federal possuía entendimento de que cabia exclusivamente a ele a requisição de intervenção para assegurar a execução de decisões da Justiça do Trabalho ou da Justiça Militar, ainda quando fundadas em direito

11 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.163.

infraconstitucional¹². Igualmente, firmou entendimento de que caberia ao Tribunal Superior Eleitoral a competência quando o pedido de intervenção federal fosse fundado em matéria de índole eleitoral¹³.

O Supremo Tribunal Federal detém a competência para o julgamento de conflito federativo entre a União e os Estados-membros ou Distrito Federal, conforme disposição do art. 102, inciso I, alínea “f” da Constituição Federal. Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca o importante papel do Supremo Tribunal Federal quanto ao exercício de sua competência para dirimir conflitos federativos que envolvam a União e os Estados ou Distrito Federal:

Reponta aqui o papel do Supremo Tribunal Federal como órgão de equilíbrio do sistema federativo. Pertencente embora à estrutura da União, o Supremo tem um caráter nacional que o habilita a decidir, com independência e imparcialidade, as causas e conflitos de que sejam partes, em campos opostos, a União e qualquer dos Estados federados.¹⁴

A ação interventiva terá cabimento no caso de recusa à execução de lei federal e nos casos previstos no art. 34, inciso VII da Constituição Federal.

O inciso VII do art. 34 estabelece os chamados pela doutrina de princípios sensíveis, considerados como aqueles cujo descumprimento acarreta a intervenção federal.

Historicamente, quanto à descrição das motivações do pedido interventivo, a intervenção federal nos Estado-membros no Brasil sempre representou uma evolução democrática do respeito aos princípios inerentes ao regime federativo em relação a outros países da América Latina. Ainda sob a vigência da Constituição brasileira de 1967, Jorge Carpizo comenta o sistema brasileiro de intervenção federal em comparação aos sistemas da Argentina e do México, com especial atenção à taxatividade do rol de hipóteses que possam deflagrar a intervenção federal nos Estados-membros brasileiros. Para o autor mexicano, “como fácil es percatarse, se señala con gran minuciosidad los casos en que la Unión puede intervenir en las entidades federativas, situación que no se presenta en Argentina ni en México”.¹⁵

Lembre-se, por oportuno, que a ação interventiva, quando de sua primeira previsão na Constituição de 1934, detinha como um dos elementos de seu procedimento a declaração direta de inconstitucionalidade¹⁶.

Os pontos positivos e negativos da manutenção da ação interventiva mesmo após o surgimento da ação direta de inconstitucionalidade são bem destacados por André Ramos Tavares:

Com o surgimento da ação direta de inconstitucionalidade (antiga representação de inconstitucionalidade), muitos autores passaram a considerar desnecessária ou inútil de uma representação por inconstitucionalidade, apontando uma série de inconvenientes dessa medida, não presentes naquela, somados ao fato de que a ação interventiva não detém o monopólio da proteção dos denominados princípios sensíveis, que pode ser conduzida por via de ação direta de inconstitucionalidade genérica. Sucintamente, destacam-se como aspectos negativos da representação interventiva: 1º) efeitos da decisão do STF dependentes do Presidente da República; 2º) proteção apenas de pequena parcela da Constituição Federal (princípios sensíveis); 3º) impedir a tramitação de emenda constitucional durante a decretação da intervenção; 4º) legitimidade ativa reduzida e atribuída ao Procurador-Geral da República; 5º) provocação de situação de anormalidade dentro de uma federação. Contudo, alguns aspectos positivos devem ser ressaltados: 1º) possibilidade de questionar a validade (perante a Constituição) de atos administrativos e até mesmo de atos materiais; 2º) supressão da autonomia para manutenção da necessária harmonia e normalidade federativa.¹⁷

12 STF, IF 230, Rel. Min. Presidente Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 1º-7-1996.

13 STF, IF 2.792, Rel. Min. Presidente Marco Aurélio, Plenário, DJ de 1º-8-2003.

14 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 219/220.

15 CARPIZO, Jorge. *Federalismo em Latinoamérica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1973. p. 72.

16 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 1.160.

17 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 762/763.

Estabelecida a competência para julgamento da representação interventiva federal, bem como expostos seus fundamentos constitucionais, cumpre analisar a legitimidade ativa para sua propositura e o procedimento de seu julgamento.

Legitimação ativa

A legitimidade para a propositura da representação interventiva federal é exclusiva do Procurador-Geral da República (art. 36, inciso III da CF e art. 2º da Lei nº 12.562/2011). Todas as Constituições brasileiras desde a de 1934 previam essa legitimidade.

Na intervenção federal, o Procurador-Geral da República atua na condição de verdadeiro representante judicial da União Federal na tentativa de solucionar conflito federativo instaurado por um Estado-membro ou pelo Distrito Federal.

Essa peculiar posição do Procurador-Geral da República dentro da representação interventiva é destacada por Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet Branco:

Portanto, o Procurador-Geral da República instaura o contencioso de inconstitucionalidade não como parte autônoma, mas como representante judicial da União Federal, que “tem interesse na integridade da ordem jurídica, por parte dos Estados-membros”¹⁸.

Luiz Guilherme Marinoni destaca que a posição adotada pelo Procurador-Geral da República na ação interventiva decorre em virtude da outorga constitucional, sendo “sui generis, uma vez que não é de substituto processual, de legitimado ao controle abstrato de constitucionalidade ou de simples Advogado da União”¹⁹.

A legitimidade para a propositura da ação interventiva por parte do Procurador-Geral da República representa a única exceção ao art. 129, inciso IX da Constituição Federal, que estabelece que aos membros do Ministério Público é vedado a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Grande parte da doutrina - apoiada em especial por precedentes do STF - sustenta que o Procurador-Geral da República detém discricionariedade para a propositura da representação interventiva. Comentando o assunto, Uadi Lammêgo Bulos expõe:

A atribuição do procurador-geral da República, no que diz respeito à propositura da ação direta interventiva, é discricionária. De sua parte, inexistente obrigatoriedade de ajuizar ações desse teor. A uma, porque o Ministério Público é autônomo (art. 127, § 1º). A duas, pois o chefe do Parquet poderá arquivar qualquer representação que lhe tenha sido dirigida.²⁰

Proposta a representação interventiva, o Procurador-Geral da República não poderá desistir da ação (art. 169, § 1º do Regimento Interno do STF), podendo, entretanto, requerer a improcedência do pedido como explica André Ramos Távares:

Quanto à possibilidade de desistência da ação, não foi disciplinada a matéria em nível constitucional. Aplicar-se-ia o CPC. Mas não se aplica porque o Regimento Interno do STF veda a possibilidade de desistência da ação interventiva pelo Procurador-Geral. Mas poderá pedir a improcedência da ação se assim entender. Se bem que o Regimento Interno não poderia, tecnicamente, regular a matéria processual (mas quem julga a regularidade do Regimento Interno é o próprio STF). A questão é, portanto, apenas política.²¹

18 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.162.

19 SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.160/1.161.

20 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 614.

21 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 762.

Ultrapassado o estudo sobre a legitimidade ativa, cabe a análise do procedimento da tramitação da representação interventiva.

Procedimento

O art. 3º da Lei nº 12.562/2011 estabelece que a petição inicial da ação interventiva deverá conter a indicação do princípio constitucional que se considera violado ou, se for o caso de recusa à aplicação de lei federal, das disposições questionadas, bem como a indicação do ato normativo, do ato administrativo, do ato concreto ou da omissão questionados. Ainda, deverá conter a petição inicial a prova pré-constituída do pressuposto interventivo violado, além do pedido de intervenção e suas especificações.

A petição inicial será indeferida liminarmente pelo relator, quando não for o caso de representação interventiva, faltar algum dos requisitos estabelecidos em lei ou quando for inepta (art. 4º da Lei nº 12.562/2011). Da decisão monocrática de indeferimento caberá agravo ao plenário do STF no prazo de cinco dias.

A controvérsia que existia sobre a possibilidade ou não da concessão de medida liminar foi superada pela expressa previsão do deferimento de pedido liminar em ação interventiva. O art. 5º prevê que o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar consistente na determinação de que se suspenda o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais ou administrativas ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da representação interventiva.

Após a apreciação do pedido liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de até dez dias. Decorrido este prazo, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de dez dias (art. 6º).

É necessária a presença de pelo menos oito Ministros para o julgamento da representação interventiva (art. 9º), sendo decidida pelo quórum de pelos menos seis Ministros (art. 10). Estando ausentes Ministros em número que possa influir na decisão sobre a representação interventiva, o julgamento será suspenso, a fim de se aguardar o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para a prolação da decisão.

No caso de procedência do pedido formulado na representação interventiva, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, publicado o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Presidente da República para, no prazo improrrogável de até 15 (quinze) dias, dê cumprimento aos §§ 1º e 3º do art. 36 da Constituição Federal.

Importante discussão é travada quanto à natureza jurídica da representação interventiva. Para Gilmar Ferreira Mendes:

Tal como estabelecido no ordenamento constitucional brasileiro, a decisão do STF constitui *conditio juris* das medidas interventivas, que não poderão ser empreendidas sem a prévia declaração judicial de inconstitucionalidade. Todavia, o julgado não tem o condão de anular ou de retirar a eficácia do ato impugnado. Tanto é assim que os constituintes de 1946, de 1967/69 e de 1988 referiram-se à suspensão do ato (CF de 1946, art. 13; CF de 1967/69, art. 11, § 2º; CF de 1988, art. 34, § 3º), pressupondo, pois, sua subsistência mesmo após a pronúncia de ilegitimidade. (...) Tal como no chamado *Feststellungsurteil*, que o *Bundesverfassungsgericht* pronuncia no conflito entre órgãos (*Organstreitigkeiten*) e na controvérsia entre União e Estado (*föderative Streitigkeiten*), a decisão proferida pelo STF na representação interventiva constata a existência ou inexistência de violação à ordem federativa, vinculando as partes representadas na relação processual.²²

22 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.179.

Portanto, para essa corrente, que se mostra a mais acertada, a representação interventiva é condição jurídica de possibilidade da decretação de intervenção pelo Presidente da República nas hipóteses do art. 34, inciso VII da Constituição Federal e no caso de recusa à execução de lei federal. A declaração de inconstitucionalidade que ocorre do ato impugnado quando da procedência da ação não tem efeito *erga omnes* ou vinculante. Não se trata, portanto, de típico processo objetivo de controle de constitucionalidade. Trata-se de processo contencioso que deve observância ao contraditório, inclusive com a prestação de informações por parte do órgão que emanou o ato impugnado (art. 6º da Lei nº 12.562/2011).

Por fim, a decisão que julgar o pedido da representação interventiva é irrecorrível, sendo insuscetível de impugnação por ação rescisória (art. 12).

Decisão

Ao julgar a representação interventiva, o Supremo Tribunal Federal declara a existência ou ausência dos pressupostos para a intervenção federal nos Estados-membros ou no Distrito Federal. Para tanto, realiza necessariamente um juízo de delibação sobre os fundamentos do pedido interventivo constantes na representação do Procurador-Geral da República. Assim, analisa se houve ou não a ofensa aos princípios constitucionais sensíveis ou recusa à execução de lei federal, realizando, na espécie, verdadeiro controle concreto de constitucionalidade, já que afere se houve ou não ofensa ao texto constitucional, como bem explica Luiz Guilherme Marinoni:

A Constituição concede ao Supremo Tribunal o poder de realizar juízo acerca dos pressupostos para a intervenção, substituindo, neste sentido, aquele que, nas outras hipóteses de intervenção, é conferido ao Presidente da República. (...) O controle da constitucionalidade, portanto, é concreto, realizando-se incidentalmente ao julgamento da representação interventiva, a espelhar conflito entre a União e Estado-membro. A representação visa, propriamente, resolver conflito entre a União e Estado-membro, e, assim, afasta-se do controle abstrato de normas, em que se objetiva, apenas, tutelar em abstrato a legitimidade da ordem jurídica.²³

Grande controversa é gerada na doutrina quanto ao efeito indireto da procedência da representação interventiva no que tange à declaração da inconstitucionalidade do ato impugnado. A primeira corrente, que nos parece mais acertada, defende que a decisão proferida na ação interventiva se limita a constatar eventual lesão a princípios sensíveis ou eventual negativa na execução de lei federal, não possuindo efeito vinculante, pois não elimina o ato do ordenamento jurídico, tendo efeito somente entre as partes.²⁴ A outra corrente sustenta que os fundamentos determinantes de qualquer decisão do STF têm efeito vinculante, obrigando os demais tribunais nacionais no que tange à inconstitucionalidade da norma.²⁵

Note-se que, ao analisar a existência ou não da ofensa aos princípios sensíveis ou recusa à execução de lei federal, o próprio Supremo, ainda na vigência da Constituição de 1967, já decidiu que não constitui pressuposto de admissibilidade da ação interventiva a demonstração da necessidade de intervenção efetiva, uma vez que o decreto interventivo pode limitar-se a suspensão do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.²⁶

Esse entendimento ainda vigora, uma vez que o art. 36, § 3º da Constituição Federal de 1988 estabelece que nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, o decreto interventivo limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

23 SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.158/1.159.

24 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.180.

25 SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.169.

26 STF, RE 92071, Relator Min. Thompson Flores, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/1980, DJ 12-08-1980.

De igual modo, nos casos de procedência da representação interventiva, será dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional (art. 36, § 3º da CF) do decreto interventivo presidencial. A apreciação é dispensada em atenção ao princípio da separação dos poderes²⁷, constituindo essa dispensa uma exceção ao art. 49, inciso IV da Constituição Federal.

Questão importante é saber se no caso de procedência da representação interventiva o Presidente da República estaria ou não obrigado a decretar a intervenção no Estado-membro ou Distrito Federal.

Para Luiz Guilherme Marinoni, a decisão que julga procedente a representação interventiva possui dois efeitos diretos. O primeiro é a declaração da presença de um dos motivos autorizadores da intervenção federal. O segundo efeito é justamente a vinculação do Presidente da República para a decretação da intervenção quando reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal como presentes os motivos que dão ensejo à intervenção federal nos Estados-membros. Segundo o aludido autor, essa vinculação encontra apoio também na disposição do art. 11 da Lei nº 12.562/2011, que ao regulamentar o procedimento da representação interventiva, prevê que na hipótese de procedência da representação, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, após a publicação do acórdão, deverá levar ao conhecimento do Presidente da República o teor da decisão para que, no prazo improrrogável de até 15 dias, dê cumprimento aos §§ 1º e 3º do art. 36 da Constituição Federal. Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

Cabe ao Supremo, para julgar procedente a representação interventiva, reconhecer a violação de dever constitucional. Ou seja, a intervenção requer pronunciamento positivo ou declaração do STF. O tribunal faz juízo quanto ao pressuposto autorizador de intervenção federal e, quando reconhece presente, declara-o, vinculando o Chefe do Poder Executivo, que, mediante decreto, realiza a intervenção. A procedência do pedido de intervenção não constitui a intervenção propriamente dita, mas declara a sua necessidade. Representa, em essência, de um lado pressuposto para a intervenção a ser decretada pelo chefe do Poder Executivo, e, de outro, espécie de mandamento para que o Presidente a decrete.²⁸

Igual posição é sustentada por Alexandre de Moraes:

Em ambos os casos os Tribunais Superiores, para o prosseguimento da medida de exceção, deverão julgar procedentes as ações propostas, encaminhando-se ao Presidente da República para fins de decreto interventivo. Nessas hipóteses, a decretação da intervenção é vinculada, cabendo ao Presidente a mera formalização de uma decisão tomada por órgão judiciário.²⁹

O art. 354 do Regimento interno do STF preconiza que julgado procedente o pedido, o Presidente do Supremo Tribunal Federal imediatamente comunicará a decisão aos órgãos do Poder Público interessados e requisitará a intervenção ao Presidente da República.

Ainda na égide da Constituição de 1937, o Supremo Tribunal Federal decidiu que realizada a requisição de intervenção por descumprimento de decisão judicial, o Presidente da República tem a obrigação de promover a intervenção federal no Estado-membro:

Não se trata de faculdade, exercitável ao alvedrio do Governo; senão de dever, que urge ser cumprido, verificadas algumas das hipóteses previstas na lei maior. A controvérsia que, ao propósito, desenvolvem os constitucionalistas é fruto de equívoco ou de falsa posição dada ao problema. (...) É grave e excepcional e a verificação da ocorrência da hipótese, que a justifica, deve ser procedida com caute et iudicio. Mas, verificada, é função, é dever do Governo intervir para restabelecer o equilíbrio rompido com as anomalias de que cuida o texto constitucional. No caso especial da letra f, a iniciativa cabe ao Supremo Tribunal Federal: a intervenção

27 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994. p. 162.

28 SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.159.

29 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 307.

se opera mediante requisição do órgão máximo da Justiça nacional (art. 9, letra “b”, parágrafo único). E essa requisição não tem a sua procedência sujeita a exame do Executivo.³⁰

Ao comentar sobre o efeito da requisição de intervenção feita pelo Supremo ao Presidente da República com fundamento no descumprimento de ordem judicial, baseado ainda nas disposições da Constituição de 1934, Raimundo de Araújo Castro ensina:

Em se tratando, porém, de requisição feita pela Corte Suprema afigura-se evidente que ao Presidente da República não cabe examinar a procedência ou improcedência da requisição, porque a essa requisição deve preceder sempre a decisão daqueles tribunais, e ao Executivo não é lícito deixar de cumprir qualquer decisão do Poder judiciário.³¹

O art. 12, inciso III da Lei nº 1.079/1950, que trata dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, tipifica como crime contra o cumprimento das decisões judiciárias a atitude do Presidente em deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral.

Quanto aos efeitos da procedência da representação interventiva, contudo, o Supremo ainda não se manifestou especificamente, mormente após a vigência da Constituição de 1988.

Rodrigo Lopes Lourenço entende que o Presidente da República exerce verdadeiro ato político revestido de conveniência e oportunidade ao analisar a viabilidade ou não da decretação da intervenção federal em caso de procedência de representação interventiva³².

Para essa vertente doutrinária, a intervenção federal é um meio extremo de solução de conflitos federativos. Portanto, sua utilização por parte do Presidente da República configura ato de soberania, que visa restaurar o equilíbrio do sistema político brasileiro, pautado pelo pacto federativo. Sendo assim, por constituir ato soberano do Estado Nacional, o Presidente da República tem a faculdade política na decretação da intervenção federal no Estado-membro mesmo quando julgada procedente a representação interventiva.

Analogicamente, importa lembrar, pela pertinência, que o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do pedido de extradição nº 1.085/ITA, decidiu que os casos de extradição, por constituírem expressão de um ato de soberania nacional – tal como a intervenção federal – não podem ser revistos pelo Supremo. Assim, a extradição não é ato de nenhum Poder do Estado, mas da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público externo, representada na pessoa de seu Chefe de Estado, o Presidente da República.

Ademais, em que pese o Supremo nunca tenha analisado o tema de forma incisiva, ele possui precedentes no sentido de que a atribuição para a propositura da representação interventiva por parte do Procurador-Geral da República é discricionária (STF, MS nº 20.294/BA- RTJ 100:1013 e Reclamação nº 128/DF - RTJ 98:3). Assim, se a análise da própria propositura da representação interventiva é discricionária, da mesma forma será a expedição do decreto interventivo, cuja análise da presença dos requisitos constitucionais autorizadores cabe exclusivamente e discricionariamente ao Presidente da República que, mesmo diante de uma decisão de procedência da representação interventiva, analisará a conveniência da decretação da intervenção federal no Estado-membro ou Distrito Federal.

Vale mencionar, por oportuno, que no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.041/RO, impetrado pelo Governador do Estado de Rondônia e que buscava, entre outros pedidos, que fosse concedida a segurança para compelir o Presidente da República a decretar a intervenção federal no Estado Acre, haja vista a presença de autoridades acreanas em território rondoniense, o Supremo decidiu que o Presidente da República, nesse particular contexto interventivo, age mediante estrita avaliação discricionária da

30 STF, Pedido de intervenção nº 06/SP, rel. Min. Orozimbo Nonato, DJ. 25.10.1944 - RDA nº 07/95-114.

31 CASTRO, Raimundo de Araújo. *A Nova Constituição Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. p. 106.

32 LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 117.

situação que se lhe apresenta, que se submete ao seu exclusivo juízo político, e que se revela, por isso mesmo, insuscetível de subordinação à vontade do Poder Judiciário ou de qualquer outra instituição estatal.³³

Como visto, apesar da grande divergência, parece mais acertada a posição doutrinária que entende pela não vinculação do Presidente da República quanto à decretação obrigatória da intervenção federal na hipótese de julgada procedente a representação interventiva pelo Supremo Tribunal Federal, justamente pela aplicação do princípio da separação e harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF), já que a decretação de intervenção federal configura ato de soberania do Estado Federativo Brasileiro, cuja competência constitucional é atribuída exclusivamente ao Presidente da República (art. 84, inciso X da CF).

A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido da representação interventiva é irrecurável, sendo insuscetível de impugnação por ação rescisória (art. 12 da Lei nº 12.562/2011). Esse entendimento acerca da irrecorribilidade já prevalecia na jurisprudência dominante do Supremo, já que o processo interventivo se reveste de caráter político-administrativo, muito embora instaurado perante órgão competente do Poder Judiciário, circunstância que inviabiliza, ante a ausência de causa, a utilização das vias recursais³⁴.

Conclusão

Ao longo do presente estudo foi possível o levantamento dos principais pontos controvertidos sobre a representação interventiva. Além desse levantamento, foi realizada análise da ação interventiva mediante o estudo comparado com institutos similares em grandes países da América Latina, como a Argentina e o México. Foi possível perceber por meio dessa análise comparativa que tanto na Argentina quanto no México a intervenção federal nos Estados-membros se desenvolve no âmbito restrito dos Poderes Executivo e Legislativo, sem a presença do Poder Judiciário, tal como ocorre com a representação interventiva brasileira. Nesses países, o Poder Judiciário não realiza qualquer tipo de controle prévio, seja político, jurídico, material ou formal acerca da presença dos pressupostos constitucionais autorizadores da intervenção federal, circunstância que denota a pouca utilização por esses países dos mecanismos políticos-institucionais existentes de freios e contrapesos (checks and balances), típicos do sistema federativo para garantia da independência e harmonia entre os Poderes.

Por meio de descrição histórica da previsão da ação interventiva nas diversas Constituições brasileiras, foi possível perceber a sua transformação enquanto instituto político-jurídico no sistema brasileiro. Essa transformação é notada desde as primeiras previsões constitucionais (art. 12, § 2ª da Constituição de 1934), em que era utilizada como instrumento de controle de constitucionalidade, até o presente momento, em que é considerada majoritariamente como condição jurídica de possibilidade para a decretação da intervenção federal por parte do Presidente da República, dentro das hipóteses do art. 34, inciso VII e no caso de recuso à execução de lei federal, considerada, igualmente, como instrumento derivado do sistema de freios e contrapesos que permeia a relação entre os Poderes em nosso texto constitucional.

No decorrer do estudo foram abordadas questões controversas relativas à representação interventiva. Foi analisada a posição jurídica assumida pelo Procurador-Geral da República, que, apesar das opiniões doutrinárias discrepantes, ajuíza a ação interventiva não como parte autônoma, mas como representante judicial da União Federal, configurando essa condição exceção ao disposto no art. 129, inciso IX da Constituição Federal, que estabelece que aos membros do Ministério Público é vedado a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Igualmente, por força do Regimento Interno do

33 STF, MS 21041, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/1991, DJ 13-03-1992.

34 Mutatis mutandis: STF, AI 343.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-6-2002, Segunda Turma, DJ de 29-11-2002; AI 666.833-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-12-2007, Segunda Turma, DJE de 14-3-2008.

STF, não é possível a desistência da representação por parte do Procurador-Geral da República que pode, entretanto, requerer a improcedência da ação.

Quanto à sua natureza jurídica, a representação interventiva se caracteriza atualmente como condição jurídica de possibilidade para a decretação de intervenção pelo Presidente da República nas hipóteses do art. 34, inciso VII da Constituição Federal e nos casos de recusa ao cumprimento de lei federal, não possuindo efeito *erga omnes* ou efeito vinculante a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado, já que o mesmo não é retirado do ordenamento jurídico.

Por fim, quanto à questão controvertida relativa à vinculação ou não do Presidente da República na decretação da intervenção quando julgada procedente a representação, o presente estudo conclui no sentido da não vinculação do Presidente da República quanto à decretação obrigatória da intervenção federal por incidência direta do princípio da separação e harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF).

Referências

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARPISO, Jorge. *Federalismo em Latinoamérica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1973.
- CASTRO, Raimundo de Araújo. *A Nova Constituição Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*, 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación argentina comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley, 2002.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994.
- LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- OROPEZA, Manuel González. *La intervención federal en la desaparición de poderes*, 2ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SEGADO, Francisco Fernández. *El Federalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário

Public acquisition process as development instrument in libertarian paternalism perspective

Felipe Furtado Ferreira
Eduardo Carlos Pottumati

A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário

Public acquisition process as development instrument in libertarian paternalism perspective

Felipe Furtado Ferreira*

Eduardo Carlos Pottumati**

Resumo

Neste trabalho objetivou-se, primeiramente, a delimitação da licitação pública e de suas finalidades, em especial a novel finalidade de promoção do desenvolvimento nacional sustentável, reconhecido como função social da licitação. Para tanto, foi utilizada metodologia de pesquisa bibliográfica e método dedutivo de avaliação em função da identificação do direito constitucionalmente reconhecido ao desenvolvimento, bem como da cláusula da sustentabilidade. A partir daí, tratou-se da atividade estatal de fomento, com viés à promoção daquele direito. Por fim, analisou-se se a atividade estatal de fomento, que guarda similitude com a teoria do paternalismo libertário. Concluiu-se que a atividade de fomento se coaduna com aquilo proposto pela teoria do paternalismo libertário, propiciando uma terceira via para intervenção estatal na economia.

Palavras-chave: Função social. Licitação. Fomento. Paternalismo libertário. Desenvolvimento Nacional.

Abstract

This work aimed firstly to define public acquisition process and its purposes, especially the new purpose of promoting national sustainable development, recognized as the acquisition process' social function. For that, we used bibliographic research methodology and deductive evaluation method. Followed to identify the constitutionally recognized right of development, as well as the sustainability clause. Thenceforth, we dealt with the activity of promote, biased to the promotion of this right. Finally, we examined whether the state activity of promote keeps any similarity with the libertarian paternalism theory. It was concluded that the activity of promotion is consistent with what proposed by the theory of libertarian paternalism, providing a third way for state intervention in the economy.

Keywords: Social function. Acquisition process. Promotion. Libertarian paternalism. National development.

Recebido em 30/10/2014

Aprovado em 18/03/2014

* Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental no Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo – PUCPR.

** Especialista em Direito Aplicado - Escola da Magistratura do Paraná. Advogado inscrito na OAB/PR nº 43.049. E-mail: felipefurtadoferreira@gmail.com Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental no Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR; Advogado inscrito na OAB/PR nº 18.317. E-mail: eduardopottumati@hotmail.com

1 Introdução

Com o advento da Lei 12.349/2010, surgiu a possibilidade de o Estado lançar mão das licitações como importante mecanismo de desenvolvimento nacional sustentável, principalmente se considerado o forte potencial de mobilização de diversos setores da economia por via das compras governamentais.

Isso porque a norma jurídica incide ao menos indiretamente para influenciar o comportamento estratégico dos sujeitos¹. No tocante à atividade licitatória, esse esforço pode ser notado, primeiramente, na regulação que trata da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um novo paradigma orientador das compras públicas.

Assim, na instauração de processo de compra, caberia ao gestor público, na tomada de decisão, questionar quais produtos e/ou serviços causam menor impacto sobre o meio ambiente, levando-se em conta, por exemplo, o menor consumo de matéria-prima e de energia, a possibilidade de reciclagem, de reutilização e de descarte de materiais.

Desse modo, assumir postura sociambientalmente diferenciada pode significar para o empresário disputar o mercado público em situação de vantagem competitiva.

O Estado, ao criar incentivos para o empresário que adota uma conduta socioambientalmente louvável, não o obriga a tomá-la, mas cria novas possibilidades de escolha e incentiva a tomada daquela que melhor atende ao interesse social, na promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

O intuito desta pesquisa é identificar se a teoria do Paternalismo Libertário serve como teoria justificante da atividade de fomento indireto, bem como fundamento da atividade estatal nesse novo modelo de certame licitatório.

Para tanto, foi utilizada metodologia de pesquisa bibliográfica e método dedutivo de avaliação.

Objetivou-se delinear se a atividade estatal de fomento, especificamente de fomento indireto, coaduna-se com a teoria desenvolvida por Cass Sunstein e Richard Thaler nominada “Paternalismo Libertário”, teoria esta que se propõe como terceira via para a intervenção estatal. Para tanto, perquiriu-se primeiramente sobre a novel finalidade da licitação pública introduzida pela Lei 12.349/2010, qual seja a de promoção, por meio do certame licitatório e do contrato resultante, do desenvolvimento nacional sustentável. A seguir, buscou-se identificar o direito ao desenvolvimento enquanto direito fundamental, para posteriormente tratar da atividade estatal de fomento, especialmente indireto, identificando sua capacidade de induzir comportamentos dos particulares. Por fim, fora investigado se a teoria do paternalismo libertário pode ser uma teoria justificante da atuação de fomento indireto.

2 A licitação pública e sua função social

A licitação pública está insculpida no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal brasileira, da qual se extrai que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento de obrigações.

Fato é que, conforme o *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, para contratações administrativas dever-se-á adotar a licitação pública como instrumento para tal, observando-se suas finalidades. A primeira,

¹ Nesse sentido, Célia Cunha Mello trata da vontade do sujeito fomentado que pode ser direcionada a partir da criação de vantagens ou desvantagens indiretas. MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 89.

de buscar selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, ou seja, qualquer licitação deve objetivar a maior vantagem juridicamente admissível para cada situação. A segunda, de garantir a isonomia entre os concorrentes.

Com o advento da Lei n.º 12.349/2010, resultado da conversão da Medida Provisória n.º 495/2010, ampliou-se para três as finalidades da licitação pública. Isso porque o artigo 3º da Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos, Lei n.º 8.666/93, passou a ter a seguinte redação:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Ou seja, a Lei n.º 12.349/2010 introduziu na Lei n.º 8.666/93 modificações que abrem novo ciclo para a gestão dos contratos públicos ao apresentar, como cláusula geral obrigatória, a finalidade de se buscar o desenvolvimento nacional sustentável.

Para Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, as repercussões dessa cláusula sobre as várias fases do processo administrativo das contratações de compras, obras, serviços e alienações se prognosticam intensas, em extensão e profundidade. Serão por ela alcançadas a especificação de materiais e produtos, a elaboração de projetos básicos de obras e serviços, a estimativa de preços de mercado, a definição dos critérios de julgamento de propostas, o exercício do juízo de aceitabilidade de preços, a análise de impugnações a atos convocatórios de licitações, o julgamento de recursos administrativos, a adjudicação do objeto e a homologação do procedimento competitivo.²

Destarte, para Daniel Ferreira, é o desenvolvimento nacional sustentável que passa a exigir toda a atenção e estudo, ao passo que ainda são poucos os gestores públicos que compreendem tudo aquilo que está contido nessa expressão. Indaga-se, portanto, quantos estão realmente aptos a cumprir a lei e, de fato, dar cumprimento ao comando legal de persecução do desenvolvimento nacional sustentável por meio de licitações e de contratações administrativas.³

A função social da licitação pública depende da análise do seu objeto e do objeto do contrato administrativo que dela decorre.

A licitação tem por objeto selecionar a proposta mais vantajosa, garantindo-se isonomia, e perseguindo o desenvolvimento nacional sustentável. Por outro lado, o contrato administrativo decorrente desse processo tem por objeto a realização da proposta classificada em primeiro lugar.

Daniel Ferreira sustenta uma finalidade material adicional, extraordinária, da licitação, e mesmo da contratação, no sentido de satisfação indireta e mediata de outros interesses também reconhecidos como relevantes pelo Direito, mas que em nada se confundem com aqueles direta e imediatamente imbricados com o objeto licitado ou contratado, como o fomento estatal ao microempreendedorismo ou a preservação do meio ambiente para as futuras gerações, dentre outras.⁴

Segue Daniel Ferreira:

2 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 369.

3 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33.

4 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35.

[...] não faz sentido algum referir a garantia da seleção da proposta mais vantajosa *para a Administração* como sendo uma das finalidades legais da licitação. É necessário compreender que a vantajosidade [...] deve se revelar pelo interesse a ser satisfeito, seja ele público primário ou secundário.⁵

Conceituar interesse público, sob qualquer que seja a perspectiva, parece esforço demasiadamente hercúleo. De início, parte-se da premissa que interesse público, majoritariamente na doutrina jurídica, ainda é tido como conceito indeterminado, tendo já sido concebido como resultante da convergência de interesses privados ou ainda como sinônimo do interesse das majorias.⁶ Tais definições, contudo, não se apresentam com a abrangência necessária para demonstrar a formatação nuclear de seu conceito.

Marçal Justen Filho faz uma abordagem preliminar ao tema dizendo que a expressão “interesse público”, como outrora compreendido, elimina a possibilidade de crítica, imuniza as decisões do Estado e permite que o governante aja do jeito que lhe melhor aprouver, sem a possibilidade de se comprovar se aquela atuação efetivamente se dá no que mais compatível com a democracia e com a conveniência coletiva.⁷

Em razão da indefinição sempre presente do conceito de interesse público, após muito tempo, parte da doutrina entendeu por emprestar à expressão interesse público a sinonímia de finalidade do Estado, dos objetivos estatais na implementação de direitos fundamentais.⁸

Essa mudança é percebida por Marçal Justen Filho, quando pretenda a substituição de interesse público, na esfera do Direito Público, pela noção de interesses coletivos, sustentando que o regime jurídico de Direito Público consiste no conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização de direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins.⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello, árduo defensor da supremacia do interesse público sobre o privado, sustenta que

[...] de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público, proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos ou resguardados.¹⁰

Depreende-se da corrente de pensamento da supremacia do interesse público uma privilegiada posição da Administração Pública ao passo que sua finalidade precípua é buscar a consecução do interesse público – cujos alcance e conteúdo são muitas vezes pela própria Administração delimitados – sobrepujando interesses privados. Mostra-se, pois, cristalina sua posição de superioridade em relação aos particulares.

Porém, essas concepções clássicas de interesse público, que têm justificado as mais drásticas ingerências sobre o particular, vêm sendo paulatinamente suplantadas por definições mais modernas voltadas que buscam fundamentar o estabelecimento de comportamentos de cooperação entre Estado e particulares, culminando com uma relação menos verticalizada, sobretudo sem a imposição de instrumentos jurídicos repressivos e coercitivos. Isto é, sem instrumentos tipicamente de comando e controle estatal.

5 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35.

6 BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 121.

7 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 41.

8 BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 137.

9 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42-43.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em contrapartida, e mais ajustada aos clamores atuais da sociedade, aduz que interesses públicos são metaindividuais e abrangem diversas modalidades: o interesse geral, afeto à toda a sociedade; o interesse difuso, pertinente a um grupo de pessoas caracterizados pela indeterminação ou pela indivisibilidade; e os interesses coletivos, que dizem respeito a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis.¹¹

Com base nisso, observa-se que a finalidade material ordinária de uma licitação pode ser atendida mediante a satisfação potencial de um interesse público.

Contudo, a função social se revela como um plus à viabilização ou mesmo à própria satisfação da necessidade administrativa ou coletiva, passando a irradiar efeitos favoráveis para sujeitos e em outras direções em princípio estranhos ao objeto licitado e contratado.

A função social, como diz Daniel Ferreira, rompe com a neutralidade administrativa de praxe na fixação do objeto da licitação, do rol de potenciais licitantes e/ou dos ganhos diretos e imediatos com a eventual contratação. Ela revela externalidades positivas para a licitação, para a contratação administrativa e, às vezes, para ambas.¹²

Observa-se que, durante todo o século XX, criou-se uma ideia de que o Estado, por meio da regulamentação de determinados setores da economia, conseguiria corrigir todas as falhas de mercado, fundamentalmente por meio de intervenção direta do Estado na economia, com a criação ou majoração de tributos, controle sobre preços e propriedade privada, dentre outros. Viu-se, durante o período, aumentos regulares nos orçamentos dos governos, criação de agências reguladoras e equipes de legisladores.¹³

Não se pode cogitar, todavia, de uma total ausência de controle estatal. De fato que a interferência do Estado na economia se faz necessária. Mas mais que isso, faz-se necessário definir acerca de que forma, intensidade e extensão, o Estado deve intervir em cada setor da economia.

As transformações no modelo de Estado reclamam novo fundamento de legitimidade para sua atuação interventiva, embora a intervenção pública desempenhe até hoje papel crucial no comportamento de atividades privadas, em razão, por exemplo, da demanda por bem-estar social e por políticas distributivas.

O Direito organiza os setores privados, mantendo-os funcionando de forma eficiente, assumindo função propositiva, utilizando a própria estrutura do mercado, sujeitos econômicos e os seus interesses para o alcance de objetivos e metas socioambientalmente desejáveis.

Em algumas atividades e setores, o modelo de regulação que se pretende implementar, ao invés de impor determinados padrões, objetiva induzir o comportamento do mercado e de seus agentes à prática de ações socioambientalmente desejáveis, utilizando-se de mecanismos de coordenação estratégica de interesses, podendo revelar-se mais eficaz que o método coercitivo impositivo usual, fato que a mera imposição de diretivas pode dificultar a sua aceitação pelos particulares, ou ser tão rigorosa que venha a prejudicar a atividade econômica, sendo impraticável ou de difícil cumprimento, conquanto um paradigma menos invasivo pode ser mais eficaz, preservando a liberdade individual, criando sistemas de incentivo que atraiam o particular a colaborar.

Nesse diapasão que a licitação pública revela-se um relevante instrumento de fomento para atividades e resultados socioambientalmente benevolentes, na exata medida em que vem de encontro com a racionalidade individual, cujo pressuposto são interesses meramente egoísticos, almejando metas coletivas.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 873.

12 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 37-38.

13 MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. *Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia*. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003. p. 63.

É uma das formas de fomento é a utilização, por parte do Estado, de seu poder de compra, atuando como sujeito econômico, na simples condição de cliente-comprador, com o objetivo de estimular determinados comportamentos empresariais e de mercado na esteira da promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Mas a função social da licitação e da contratação administrativa pode ir muito além, ao expressar sua dimensão macroeconômica, de modelar o mercado, sem que o Estado tenha que fazer uso de sua autoridade, impondo obrigações e proibições, e ameaçando de imposição de sanções pelo seu descumprimento reprovável.

Ou seja, como aduz Daniel Ferreira, a licitações e a as contratações públicas podem servir de estímulo para a adaptação voluntária da indústria, do comércio e da prestação de serviços, provocando comportamento desses agentes que atenda aos parâmetros tidos como necessários à satisfação dos interesses públicos gerais, com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.¹⁴

A noção de desenvolvimento sustentável engloba as mais relevantes expressões da função social em matéria de licitações e de contratos administrativos. Vejamos, então, do que se trata o desenvolvimento sustentável pretendido.

3 Direito ao desenvolvimento sustentável

Desenvolvimento e crescimento econômico não são sinônimos. De acordo com Luis Carlos Bresser Pereira, “o desenvolvimento é um processo de transformação econômica, política e social, através da qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo”.¹⁵

Logo, não se pode falar apenas desenvolvimento econômico, ou social, ou político etc., ao passo que é sempre indispensável buscar convergência de todos os aspectos da realidade, considerando-se a situação de uma determinada sociedade.

A palavra “crescimento” abrange todas as formas de progresso econômico, quer respeitem a economias evoluídas, quer respeitem a países menos desenvolvidos. Implica sempre em transformações estruturais, havendo apenas países em fases de desenvolvimento diferentes e com diversas estruturas econômicas, sociais e políticas. O crescimento traduz-se pelo incremento, a longo prazo, da população e do produto per capita.

Mas como alerta Carla Abrantkoski Rister, o crescimento se expressa mediante mudanças quantitativas, e que não redundam necessariamente em melhorias na qualidade de vida da população. O desenvolvimento, por sua vez, consiste em um processo de mudança estrutural e qualitativa da realidade socioeconômica, pressupondo alterações de fundo que irão conferir a tal processo a característica da sustentabilidade, entendida esta como a capacidade de manutenção das condições de melhoria econômica e social e de continuidade do processo.¹⁶

Demais disso, Amartya Sen chama atenção para o fato de que:

[...] os fins e os meios do desenvolvimento requerem análise e exame minuciosos para uma compreensão mais plena do processo de desenvolvimento; é sem dúvida inadequado adotar como nosso objetivo básico apenas a maximização da renda ou da riqueza, que é, como observou Aristóteles “meramente útil em proveito de alguma outra coisa.” Pela mesma razão, o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as

14 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 45.

15 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. 7. ed. Brasília: Brasiliense, 1977. p. 21.

16 RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 36.

liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.¹⁷

Mas desenvolvimento requer constância e viabilidade para o futuro, ao passo que sem isso estar-se-ia diante de um mito de crescimento econômico, mesmo que atrelado a vantagens ambientais e sociais. Isso porque pensar em desenvolvimento é, antes de mais nada, pensar em distribuição de renda, prestação eficiente de saúde e educação, defesa do meio ambiente, proteção da liberdade, dentre outras situações que direta ou indiretamente afetem a qualidade de vida e bem-estar das pessoas.

Outrossim, o desenvolvimento entendido como socioambientalmente viável, além de satisfazer as necessidades imediatas de uma sociedade e de seu crescimento, associa esta intenção com o não comprometimento da qualidade de vida das gerações futuras.

É justamente esse patente reconhecimento que impõe a todos os atores sociais, em especial à Administração Pública, a tomada de medidas efetivas no sentido de concretização do direito fundamental ora tratado.

Em síntese, o desenvolvimento, para ser assim reconhecido, reclama sustentabilidade e, além disso, consideração da sua natureza pluridimensional.

Manoel Messias Peixinho e Suzani Andrade Ferraro sustentam, ainda, que o:

[...] direito ao desenvolvimento nacional é norma jurídica constitucional de caráter fundamental, provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes do Estado e, nesta direção, não pode se furtar a agir de acordo com as respectivas esferas de competência, sempre na busca da implementação de ações e medidas de ordem política, jurídica ou irradiadora que almejam a consecução daquele objetivo fundamental.¹⁸

O direito ao desenvolvimento é também reconhecido internacionalmente, especialmente com a “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento” (adotada na Resolução n.º 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas), de 1986.

O direito ao desenvolvimento no Brasil constitui direito de terceira geração, direito de solidariedade. A Constituição brasileira de 1988 referencia o desenvolvimento no próprio preâmbulo ao enunciar que o Estado democrático brasileiro, que se institui a partir desta Carta, está compromissado, dentre outros fins, a assegurar o desenvolvimento da sociedade brasileira.

Nesse sentido, Melina Girardi Fachin ensina que:

As obrigações que nascem ao Estado, a partir da assunção desse direito como fundamental, são de ordem positiva e negativa. Não se circunscreve apenas à abscisão de empecilhos ao desenvolvimento, mas também ações concretas de promoção progressiva e crescente do desenvolvimento com o máximo de recursos disponíveis. Existem, destarte, face ao direito ao desenvolvimento, deveres positivos e negativos do estado e da comunidade na qual este direito está inserido, com fundamento na solidariedade constitucional.¹⁹

O direito ao desenvolvimento nacional é norma jurídica constitucional de caráter fundamental, provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes do Estado e, nessa direção, não pode se

17 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 28-29.

18 PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Belo Horizonte, 16., 2007. Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2007. p. 6963. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2013.

19 FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento – uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 195-196.

furtar a agir de acordo com as respectivas esferas de competência, sempre na busca da implementação de ações e medidas de ordem política, jurídica ou irradiadora que almejam a consecução daquele objetivo fundamental.

A função da qualificadora “nacional” na expressão “desenvolvimento sustentável”, na novel redação do artigo 3º da Lei n.º 8.666/93, está em compatibilizá-la com as políticas públicas constitucionais, que, conquanto se refiram ao desenvolvimento econômico nacional, por evidente que não arredam o exercício das competências estaduais, distritais e municipais do dever de promover o desenvolvimento do país, com o fim de elevar a qualidade de vida de população, em que quer que se encontre no território nacional. O fundamento último desse desenvolvimento e dessa qualidade reside na dignidade da pessoa humana, com compromisso da promoção do bem de todos, sem preconceito de qualquer índole.

Nem se justificaria que a nova cláusula geral desprezasse a contribuição do poder de compra dos poderes públicos das várias esferas federativas, todas autônomas entre si, como instrumento de fomento do mercado interno, em qualquer de seus âmbitos.

É nesse espaço, portanto, que as políticas públicas e, em especial, a atividade administrativa de fomento ganham renovado valor, como afirma Daniel Ferreira, especialmente porque:

[...] as determinações constitucionais não se dirigem à efetivação (direta e imediata) do desenvolvimento nacional pelo Estado, apenas. Em várias oportunidades a Constituição indica deveres atribuídos aos legisladores e aos gestores públicos no sentido de estimular o desenvolvimento nacional. Fica claro, portanto, que o desenvolvimento do Brasil, no ideário do Constituinte, revela-se como um processo compartilhado pela sociedade com o Estado, e que a este incumbe, por diversas formas, fomentar as ações privadas afirmativas desse desiderato, tendo destacado algumas desde logo. Todavia, a revelação das situações valoradas na Lei das leis não descarta que outras (leis) venham a exprimir equivalentes atribuições, aliás, como a hodiernamente imposta pela Lei n.º 8.666/93, atualizada pela lei n.º 12.349/2010.²⁰

Contudo, antes de se adentrar no tema fomento, deve ser examinada a razão da sustentabilidade como finalidade dos certames licitatórios.

A razão de ser do objetivo da sustentabilidade, para Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, parece evidente: comprometer as licitações e contratações com os princípios e normas de proteção ambiental, igualmente guinados a *status* de política pública constitucional, com realce, tratando-se de obras, serviços e compras governamentais, para assegurar meio ambiente ecologicamente equilibrado.²¹

Mas não apenas isso. O desenvolvimento pretendido deve ser triplamente sustentável, nos vieses econômico, ambiental e social. Ao desenvolvimento se reserva papel especial, qual seja o de conferir à sustentabilidade o tom de avanço, enquanto sustentabilidade econômica pressupõe a necessidade de consideração de eficiência mínima dos sistemas econômicos, no esforço de assegurar, de forma contínua, o aumento do PIB, culminando em benefícios sociais. A sustentabilidade social funda-se em valores de democracia e de equidade e aumenta continuamente a capacidade das pessoas de fazerem e ser aquilo que tem razão em valorizar. A sustentabilidade ambiental está ligada à promoção e manutenção do ambiente equilibrado. Por isso, o termo desenvolvimento sustentável é aparentemente uma redundância, pois um termo, necessariamente, pressupõe o outro.²²

20 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 63-64.

21 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 373.

22 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 52-55.

4 A atividade de fomento

A Constituição Federal estabeleceu, no *caput* do art. 174, a função do Estado como agente normativo regulador da atividade econômica.

No dizer de Célia Cunha Mello, “o Estado, na condição de agente normativo e regulador da atividade econômica, exerce as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, limitando ou estimulando a ação dos sujeitos econômicos.”²³

Dentro desse contexto, passou-se a reclamar atuação estimuladora, consciente e responsável das empresas e dos indivíduos na sociedade a partir de uma leitura dos reflexos da atuação estatal.

É tarefa do Estado, portanto, na condição de agente regulador, identificar no mercado as externalidades e controlá-las por meio de políticas públicas, impulsionando-as quando positivas e forçando sua internalização quando negativas.

Diogo Figueiredo Moreira Neto afirma que a atividade administrativa de fomento desponta direcionamento não coercitivo do Estado à sociedade, em estímulo das atividades privadas de interesse público. É uma atividade que se sistematiza e ganha consistência acoplada ao planejamento dispositivo. Para ele, é inegável que o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado.²⁴

Carlos Ari Sundfeld aduz que “à administração fomentadora corresponde a função de induzir, mediante estímulos e incentivos – prescindindo, portanto, de instrumentos imperativos, cogentes – os particulares a adotarem certos comportamentos”.²⁵

Pode-se dizer que a Administração Fomentadora consubstancia-se em atuação administrativa do Estado, estando, assim, inserida no sistema de normas e princípios que informam a atividade estatal administrativa. Sujeita-se, em síntese, ao Princípio da Legalidade, age independentemente de provocação, seus atos e decisões não são dotados de imutabilidade, pois podem ser reexaminados pelo Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal prevê a inafastabilidade do Judiciário.

O que caracteriza o exercício da função administrativa de fomento é, notadamente, a não-utilização do aparato estatal repressivo da coação. O Estado retira sua veste autoritária e imperativa quando desempenha o seu papel promocional e estimulador do fomento público.

A atividade administrativa de fomento é o objeto médio que coaduna a atuação individual para superar e colaborar com o processo que se considera de utilidade geral. Essa atividade pode atender a distintas classes de fins; assim, pode ser para a ordem cultura, econômica ou social. A ação administrativa de fomento tem como missão a canalização de recursos para certas atividades, no sentido de colocá-las em situação mais favorecida do que aquela que resultaria de uma livre dinâmica das relações econômicas, culturais e sociais.²⁶

A atuação do Estado voltada a incentivar o comportamento do homem ocorre, basicamente, em duas circunstâncias, segundo Célia Cunha Mello: para realizar coisa socialmente desejada ou para impedir o advento de coisa socialmente repelida. A finalidade perseguida é sempre a mesma, convencer para que se faça ou deixe de fazer algo.²⁷

23 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 12.

24 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 45.

25 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 16.

26 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 84-85.

27 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 88.

Ainda, são meios positivos os que conferem prestações, bens ou vantagens, visando facilitar indiretamente a realização de coisa socialmente desejada, e negativos os que constituem obstáculos ou cargas tendentes a dificultar indiretamente as atividades contrárias às que se quer promover ou incentivar.²⁸

Portanto, se trata de fomento público a atuação estatal por indução, convencendo o agente fomentado a agir da maneira considerada mais vantajosa para a administração, com vistas ao interesse público e, no caso das licitações e contratações administrativas, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

E justamente nesse contexto insere-se a licitação como relevante instrumento de fomento a atividades e resultados socialmente benéficos, na medida em que vem sendo crescentemente incluída em sistema mais complexo de coordenação entre a racionalidade individual e metas coletivas, ao passo que induz o comportamento dos agentes econômicos que têm interesse na contratação com o Estado, dado seu elevado poder de compra.

Contudo, interessante observar a classificação trazida por Célia Cunha Mello acerca do fomento quanto às vantagens concedidas. Em especial, aquela atuação por meios psicológicos.

Salienta a autora que a finalidade preseguida pela atividade de fomento pode ser atingida empregando-se meios psicológicos, capazes de persuadir, suggestionar e induzir opiniões, atitudes e valores. Admite-se, pois, a inclusão de meios psicológicos dentro da categoria de fomento público por meio de medidas psicológicas quando os sujeitos fomentados são estimulados a fazerem aquilo que convém ao Poder Público.²⁹

A atividade administrativa de fomento, para Silvio Luis Ferreira da Rocha, caracteriza-se por algumas notas. O fomento é atividade administrativa, e como tal, é levado a cabo pela Administração Pública com o propósito de alcançar determinados fins, que lhe são próprios. Tais finalidades são de interesse público e se referem à satisfação das necessidades coletivas e à obtenção dos fins do Estado. A atividade administrativa de fomento, contudo, não procura alcançar direta e imediatamente tais fins, mas procura que esses fins sejam satisfeitos pela atividade dos particulares, mediante a proteção e a promoção dessas atividades com o emprego de diferentes meios, excluída qualquer forma de intervenção coativa. A atividade dos particulares é prestada por própria decusão destes, que aparecem, assim, como colaboradores da Administração Pública em razão de uma participação voluntária.³⁰

5 O paternalismo libertário como terceira via – similitude com a atividade de fomento

O paternalismo libertário é uma teoria proposta por Richard Thaler e Cass Sunstein em sua obra conjunta intitulada “Nudge: o empurrão para a escolha certa”. Dizem os autores que o aspecto libertário de sua estratégia consiste na insistência clara de que, em geral, as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem – e ter a opção de sair de arranjos indesejáveis se assim o quiserem. O aspecto paternalista reside na afirmação de que é legítimo que os arquitetos de escolhas tentem influenciar o comportamento das pessoas a fim de tornar sua vida mais longa, saudável e melhor.³¹

O arquiteto de escolhas é aquele que tem a responsabilidade de organizar o contexto no qual as pessoas tomam decisões. Pode ser um médico ao prescrever determinado tratamento, um vendedor tentando convencer o consumidor a adquirir um ou outro produto ou serviço, ou até mesmo o Estado na formulação de leis e de políticas públicas.³²

28 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 88.

29 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 91-92.

30 ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20-21.

31 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 5.

32 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e*

Evidentemente que o que mais nos interessa é a atuação estatal enquanto arquiteto de escolhas, mormente na atividade de fomento, para a justa comparação da teoria proposta pelos autores à realidade atual da licitação pública brasileira.

O paternalismo libertário é um tipo de paternalismo relativamente fraco, brando e não intrusivo porque as escolhas não são bloqueadas, obstruídas ou significativamente sobrecarregadas. Se as pessoas quiserem fumar, comer um monte de doces ou não poupar, os paternalistas libertários não as forçarão para que mudem de comportamento. No entanto, a abordagem recomendada pelos autores conta como paternalista porque arquitetos de escolhas públicos e privados não estão simplesmente tentando rastrear ou implementar as previsões de escolhas das pessoas. Ao revés, estão conscientemente tentando guiar as pessoas em direções que irão melhorar a vida delas.

Logicamente, o paternalismo libertário fora pensado em vistas a pessoas naturais, na esteira da economia comportamental. Não podemos, simplesmente, dizer que as pessoas jurídicas são formadas por pessoas naturais e que por isso seria de plano uma teoria justificante para a atividade de fomento estatal, isso porque as pessoas jurídicas não são dotadas de vontade própria, são necessariamente apresentadas por pessoas, que fazem frequentemente seu juízo pautados em pura racionalidade e visando algum benefício (em regra) econômico.

Todavia, os próprios autores fazem uma ressalva acerca da aplicação de sua teoria. Dizem eles que “empresas privadas que querem ganhar dinheiro e fazer o bem podem até se beneficiar de cutucadas ambientais, ajudando a reduzir a poluição atmosférica (e a emissão de gases de efeito estufa).³³

Em se tratando de mercados, os autores afirmam que estes são povoados por pessoas comuns, que cometem erros e que tomam decisões ruins. A solução para a promoção do bem-estar das pessoas não seria necessariamente uma limitação das atividades potencialmente nocivas, ou exploratórias, mas seria a indução de comportamentos.³⁴

Aparentemente, a indução de comportamentos muito tem a ver com a atividade de fomento, ao passo que o Estado não se utiliza de seu poder coercitivo para impor determinada conduta ou suprimir determinada atividade, mas estimula as atividades que sejam positivas, que realizem as finalidades do Estado, com vistas no interesse público.

A sugestão dos autores para uma regulação estatal de atividade econômica limitar-se-ia a obrigar as empresas a divulgar expressamente os preços praticados, fazendo com que o consumidor realize a melhor escolha, baseado em sua potencial satisfação a partir de uma verificação do resultado da relação custo-benefício, ou eventualmente pela percepção de determinados incentivos dados.³⁵

Todavia, os autores não confrontaram a seguinte possibilidade: o incentivo que o Estado dá enquanto consumidor, pagando preço alto por um produto de maior qualidade e que cuja produção promova desenvolvimento socioambiental responsável.

Parece que essa interferência estatal no mercado pode ser considerada uma atuação de paternalismo libertário, ao passo que há a vinculação da pessoa contratante às condições impostas pela Administração – com vistas à realização da função social da licitação e do contrato – mas não há nem a obrigatoriedade de a empresa tomar determinado comportamento, salvo se quiser contratar com a Administração, nem

felicidade. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 5.

33 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 6.

34 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 85.

35 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 100-105.

de deixar de praticar determinada conduta socioambientalmente reprovável, pois a única consequência é a impossibilitação de contratar com o Poder Público e se beneficiar de seu amplo poder de compra.

Os autores propuseram o paternalismo libertário como uma terceira via, solução para apaziguar os ânimos entre democratas e republicanos, trazendo um meio-termo entre a vontade de um mercado livre e o clamor de uma planificação econômica. Isso porque os mercados livres dependem do governo para a garantia da realização dos contratos e da propriedade privada. Em contrapartida, os governos são muito falíveis e, para os autores, os mercados devem sempre ser recrutados para tratar de questões complexas como proteção ambiental e planejamento de aposentadoria. Na verdade, algumas das melhores orientações de escolhas usam os mercados; uma boa arquitetura de escolhas inclui muita atenção a incentivos.³⁶

É é nessa esteira que se pensa na atividade administrativa de fomento como uma forma de se recrutar o mercado – na verdade, induzir um comportamento empresarial que eventualmente pode se perpetrar mesmo que sem a contratação com o Poder Público – para a consecução das finalidades constitucionais, especialmente na promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

6 Considerações finais

O Estado utiliza a licitação como instrumento de fomento – ao integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios da contratação administrativa, beneficiando aqueles que atenderem a requisitos técnicos e de desempenho eleitos como relevantes – propicia a cooperação voluntária dos agentes privados no processo de desenvolvimento nacional, inclusive, direcionando, de forma consciente, as formas de produção e consumo. Relega-se, assim, à coerção papel secundário.

Em que pese a relevância das normas descritas enquanto instrumentos de indução de práticas de mercado desejáveis, se, de um lado, o processo de criação do Direito deve voltar-se para uma atuação estratégica, capaz de afetar as escolhas individuais, não se deve esquecer, de outro, das peculiaridades do entorno com que a política regulatória irá, em cada caso, interagir.

O mercado se apetrecha para a sustentabilidade como estratégia de redução de custos, não de elevação de preços. Cabe ao poder de compra do Estado incentivá-lo, incluindo em seus editais de licitação e termos de contratos as exigências que conformam produtos, materiais, serviços e obras aos requisitos da sustentabilidade.

Apesar de ainda incipientes, os primeiros passos vêm sendo dados em direção a novas diretrizes regulatórias, voltadas para o estímulo à cooperação voluntária e para a inserção da solidariedade no âmbito do Direito, prometendo futuro de superação de modelos repressivos que, muitas vezes, em razão do seu rigor, distanciam-se das finalidades sociais em jogo. Mas, justamente pela novidade do tema, sua aplicação, com destaque para o âmbito da atividade licitatória, impõe que as escolhas do administrador sejam cautelosas para que não sejam gerados efeitos empíricos reversos dos originalmente propostos pelas medidas de incentivo.

Nota-se que, em determinadas atividades e setores, o modelo de regulação que procura, ao invés de impor determinados padrões, induzir o comportamento do mercado em direção a práticas socialmente desejáveis, lançando mão de mecanismos de coordenação estratégica de interesses, pode revelar-se mais eficaz. De fato, a mera imposição de diretivas pode dificultar sua aceitação ou ser tão rigorosa a ponto de se tornar impraticável ou de difícil observância, enquanto que modelos menos invasivos são capazes de preservar, na maior medida possível, a liberdade de escolha, estabelecendo sistemas de incentivo que chamem o particular a colaborar.

36 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 275-276.

Aparentemente, o que se está a fazer é, *mutatis mutandis*, exatamente aquilo que proposto por Richard Thaler e Cass Sunstein, na perspectiva do paternalismo libertário, de promoção e incentivo de escolhas melhores – entendidas não apenas na ótica estatal, mas com o viés de promoção de desenvolvimento – para aqueles que pretendem contratar com o poder público.

E justamente nesse contexto insere-se a licitação como relevante instrumento de fomento a atividades e resultados socialmente benéficos, na persecução de sua novel função social, de promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Referências

- BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Forum, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento – uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MELLO, Celso Antônio bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. *Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia*. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 45.
- PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2007. p. 6963. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2013.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. 7. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1977.
- RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Tributação & regulação: um diagnóstico sobre inter-relações possíveis

Taxation & regulation: a diagnosis of possible interrelations

Veyzon Campos Muniz

Tributação & regulação: um diagnóstico sobre inter-relações possíveis

Taxation & regulation: a diagnosis of possible interrelations

Veyzon Campos Muniz*

Resumo

O presente artigo tem por escopo analisar as possíveis inter-relações entre tributação e regulação. Assim, partindo da premissa de que o direito tributário e o direito da regulação se comunicam intimamente. Divide-se o estudo em duas partes. Na primeira, expõe-se a regulação da tributação, de maneira a caracterizá-la e a criticá-la. Na segunda, busca-se compreender a tributação como instrumento regulatório, com ênfase na análise de medidas extrafiscais. Por conseguinte, assevera-se que há nexos entre a regulação e a tributação na consecução de políticas públicas e na concretização de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Tributação. Regulação. Diagnóstico. Inter-relações.

Abstract

This article has the purpose to analyze the possible interrelations between taxation and regulation. Thus, under the premise that tax law and regulatory law communicates intimately, divides the study into two parts. At first, exposes to regulation of taxation, characterizing and criticizing. In the second, focuses on taxation as regulation instrument, with emphasis on analysis extrafiscal measures. Therefore, it's asserted that there is a nexus between the regulation and taxation in achieving public policy and the achievement of fundamental rights.

Keywords: Taxation. Regulation. Diagnosis. Interrelations.

1 Introdução

O presente artigo propõe análise acerca do diálogo entre regulação e tributação. O fenômeno tributário¹, além de prover os recursos necessários para o financiamento de políticas públicas e direitos fundamentais, pode

1 Destaca-se que “[...] a tributação é um fenômeno intersistêmico que envolve a Política, a Economia e o Direito. No caso da Política pode ser lido como uma relação entre o poder e não poder (limites) tributar, ou seja, exigir prestações pecuniárias compulsórias de particulares; no caso da Economia, a tributação pode ser entendida como um elemento relativo à programação dos agentes econômicos sobre o que terão ou não nas situações de produção, acumulação e circulação de bens em dada sociedade. Por sua vez, o Direito irá considerá-la como conjunto de expectativas institucionalizadas que dizem como os outros se comportam nas relações entre o poder de tributar e as limitações a esse poder, determinando as sanções pelo descumprimento dessas normas condicionais” CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 7.

Recebido em 25/01/2014

Aprovado em 18/03/2014

* Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul – ESMAFE-RS. Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PPGD/PUCRS. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica – IHJ. Email: veyzon_muniz@yahoo.com.br

se constituir como forma de regulação. Diante disso, em um primeiro momento, enfoca-se a regulação da própria tributação e, posteriormente, a tributação como instrumento de regulação, sobretudo, a partir da análise de medidas extrafiscais. Por conseguinte, assevera-se que a inter-relação entre tributação e regulação desvela a ação política de inibição ou fomento da prática de determinados comportamentos de agentes econômicos. Assim, apresenta-se nexos entre essa relação e o atendimento de demandas sociais, sobretudo, a partir da formulação da política fiscal.

1.1 Um necessário acordo semântico ao tratar de regulação

Ainda ao introduzir a temática, cumpre propor acordo sobre o sentido do termo regulação a ser utilizado no presente estudo. Quando se faz referência ao vocábulo, como bem aduz Antonie Jeammaud, objetiva-se a caracterização de uma ação estatal que almeja “introduzir a regularidade em um objeto social, assegurar sua estabilidade, sua perenidade, sem fixar-lhe todos os elementos nem o integral desenvolvimento, portanto sem excluir mudanças”.² Entende-se, nesse sentido, que a regulação como atuação do Estado é um gênero de atividade administrativa que comporta como espécie o poder regulamentar; todavia, o seu objeto precípua é a própria estabilização de uma dimensão social determinada, como p.ex. a economia (regulação do mercado), a saúde (regulação de planos de saúde), as comunicações (regulação das telecomunicações) e seus respectivos desdobramentos.³

Ademais, há outra conceituação de regulação possível, conforme Matthew Adler:

Defining “regulation” turns out to be harder than one would think. One possible definition, geared to contemporary intuitions, is that regulation consist of “nontax, noncriminal, public law: legal directives (of some sort) that are issued by governmental bodies; that are enforced by governmental bodies, rather than by private litigants; that are principally enforced through sanctions or incentives other than criminal penalties; and are not taxes (more specifically, not taxes principally designed to raise revenue, such as the income tax).⁴

Assim, mesmo fazendo a ressalva de que a definição de regulação acaba por ser mais difícil do que se pode pensar, esse segundo conceito afasta o direito tributário do direito da regulação. Infere-se, oportunamente, que o procedimento regulatório não se confunde nem com as sanções tampouco com as espécies tributárias (sobretudo, não confunde com os impostos essencialmente concebidos para aumentar a receita pública).

Sem dúvidas, é correto afirmar que o termo regulação não se confunde com imposições tributárias, entretanto, o direito da regulação guarda ligação estreita com o direito tributário, uma vez que a tributação tanto é regulada quanto se constitui como instrumento regulatório, como veremos a seguir.

2 Regulação da tributação

É por meio da tributação que se torna viável o financiamento de direitos fundamentais e políticas públicas. Logo, a relação entre o Estado-Fiscal e o cidadão-contribuinte, pautada (em tese) na supremacia do interesse público na concretização do bem estar social, a partir da contribuição pecuniária destes àquele, mostra-se intrinsecamente vinculada. Por esse motivo, no tratamento de regulação da tributação, está em questão a própria natureza vinculada da atividade tributária.

2 JEAMMAUD, Antonie. Introduction à la sémantique de la régulation juridique (Des concepts en jeu). In: CLAM, Jean; MARTIN, Gilles (Org.). *Les transformations de la régulation juridique*. Paris: LGDJ, 1998. p. 53.

3 A partir da ponderação de que “quanto à relação, na esfera do direito, entre regulação e regulamentação, a primeira parece concebida como uma alternativa à segunda ou, ao contrário, como um gênero de ação do qual a regulamentação não seria senão uma espécie ao lado de outras novas formas”; ora, filia-se a essa segunda perspectiva. (Idem, p.53.)

4 ADLER, Matthew apud BREYER, Stephen G. et. al. *Administrative law and regulatory policy: problems, text, and cases*. 7 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011. p. 3-4.

Diante disso, entende-se que à atividade administrativa atinente a imposição tributária, deve incidir a regulação, com vista a promover a regularidade e a estabilidade das relações tributárias. A regulação (gênero), nesse contexto, refere-se ao exercício do poder estatal regulamentar (espécie) conforme a Constituição. Nesse sentido, pontua Juarez Freitas:

[...] verificam-se atividades administrativas fortemente vinculadas – como sucede, por exemplo, a cobrança de tributos (CNT, art. 3º) –, todavia a vinculação resta condicionada não só a legalidade, que afugenta os juízos de conveniência (a não ser os subjacentes à disposição normativa), mas à totalidade dos princípios regentes das relações de administração, tais como a moralidade (CF, art. 37) e a sustentabilidade (CF, arts. 225 e 170, VI).⁵

Com efeito, a efetiva regulação do fenômeno tributário enfrenta uma grave falácia⁶, qual seja: a apatia de caráter endêmico das casas legislativas no que tange à formulação da norma tributária (disposição normativa). Na relação em comento, a legalidade não pode nem ser excludente nem ser inflacionada, a ponto de possibilitar a argumentação sobre a existência de um dever inquestionável de cumprimento legal. Assim, explora-se o apontado erro lógico em seguimento próprio.

2.1 Apatia endêmica⁷ e a produção legislativa tributária

A apatia como termo psiquiátrico se refere ao “estado caracterizado pelo desinteresse geral, pela indiferença ou insensibilidade aos acontecimentos; falta de interesse ou de desejos”.⁸ Por sua vez, endêmico corresponde à característica da patologia que acomete um determinado local e os organismos que lá se encontram.

No âmbito do direito brasileiro, percebe-se, nitidamente, que o Poder Legislativo, em suas três esferas, sofre de apatia endêmica quando se trata de proposições e discussões legislativas em matéria tributária. Sendo regulação da tributação a vinculação de ente tributante e cidadão tributado à legislação tributária, é de fundamental importância que a produção legislativa tributária seja de fato discutida em plano legiferante.

Certo é que a Constituição Federal estabelece que são de iniciativa privativa do chefe do Executivo as leis que disponham sobre a matéria tributária dos Territórios (CF, artigo 61, § 1º, II, b), ou seja, não há qualquer limitação constitucional quanto a iniciativa legislativa tributária para os demais entes federados. Pelo contrário, cabe ao Poder Legislativo dispor sobre o sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas públicas (CF, artigo 48, I).

Entretanto, na prática das casas legislativas (federais, estaduais e municipais), percebe-se que a produção legislativa tributária é exercida timidamente ou simplesmente não é exercida, sobretudo, sob o argumento falacioso de que projetos de lei que importem mesmo que indiretamente, no aumento de despesas ou na renúncia de receitas públicas são de competência exclusiva do Executivo.

Como bem referiu Augusto Alfredo Becker, o legislador deveria criar leis de conduta para os homens de má vontade.⁹ Por conseguinte, sendo fácil constatar que o sistema tributário é “caro, complexo e, em

5 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 333.

6 “Falácias são erros lógicos, conscientes ou inconscientes, enganadores e/ou autoenganadores, que servem para lubrificar e formar pré-compreensões equivocadas conducentes a preconceitos ilegítimos, estereótipos e más decisões.” FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 138.

7 A apatia endêmica, enquanto falácia, decorre do viés da confirmação, entendido como: “a predisposição [em concreto, do Legislativo] de optar por dados e informações que tão somente confirmem as crenças e impressões preliminares, sem passar pelo crivo apurado do sistema reflexivo” no que tange a iniciativa da criação de normas tributárias; portando-se de modo omissivo frente às proposições do Executivo. FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 75, 2013, p. 233.

8 REY, Luis. *Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde*. Rio de Janeiro: Gunabara Koogan, 1999.

9 BECKER, Augusto Alfredo. *Carnaval tributário*. São Paulo: LEJUS, 1999. p. 47.

muitos aspectos, regressivo e ineficiente”¹⁰, consigna-se que tal realidade se deve em grande medida ao fato de o legislador-Legislativo não intervir na criação das leis – em regra, de iniciativa do legislador-Executivo, que também figura como sujeito da relação tributária. A apatia endêmica importa, assim, na desregulação da tributação e na prevalência do interesse patrimonial do Estado-Fiscal em detrimento aos direitos fundamentais do contribuinte.

3 Tributação como regulação

A partir da análise da regulação da tributação pode-se perceber que a atuação estatal é multifacetada: tem-se um Estado-Fiscal, sujeito da relação tributária, mas também há um Estado-Regulamentar, que é responsável pela produção legislativa tributária. De toda sorte, para se entender a tributação como forma de regulação é necessário antes compreender uma outra faceta estatal, isso é, o próprio Estado-Regulador.

Nesse particular, não se pode fazer referência apenas ao aspecto de uma intervenção indireta no domínio econômico, mas também deve-se atentar para a intervenção na ordem social. A função reguladora do Estado, em síntese, abrange tanto regulação econômica quanto regulação social.¹¹

Diante disso, o uso governamental dos recursos públicos arrecadados por meio de tributos (fiscalidade) acaba por constituir, em um cenário ideal, o financiamento de políticas públicas voltadas ao atendimento de direitos fundamentais. Mas também percebe-se a utilização da tributação (medida fiscal) como instrumento de regulação (medida extrafiscal) na operacionalização da atividade estatal reguladora. Assim, a adoção da extrafiscalidade é exemplificativa de uma ação política interventiva na atuação de agentes econômicos e, por conseguinte, regulatória.

Entende-se que o objetivo desse Estado-Regulador é precipuamente o desenvolvimento sustentável. Posto isso, cumpre pontuar que esse desenvolvimento, como bem refere Fábio Nusdeo:

[...] exige e impõe a elaboração de uma política econômica decidida e consistente, para que ele possa se implantar e venha a fazê-lo com o mínimo possível de custos sociais. Essa política econômica desdobra-se por um conjunto complexo e extenso de medidas, e se estende por largo período de tempo, abarcando mais de uma geração.¹²

Com efeito, a política macroeconômica tem justamente como um de seus instrumentos a política fiscal. É, conseqüentemente, a política fiscal que ao formular o orçamento público, engloba o poder estatal de arrecadação, ou seja, de definição e recolhimento de tributos, e também o juízo de pertinência da aplicação de medidas extrafiscais.¹³

3.1 Medidas extrafiscais: um instrumento regulatório

A extrafiscalidade se traduz, na conceituação de José Casalta Nabais, como o conjunto normativo que:

[...] tem por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados econômicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer face às despesas públicas. Trata-se assim de normas (fiscais) que, ao preverem uma tributação, isto é,

10 LIMA, Ediberto Carlos Pontes. *Reforma tributária no Brasil: entre o ideal e o possível*. Brasília: IPEA, 1999. p. 14.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade: direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 33.

12 NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23.

13 São “políticas constitucionalizadas de Estado, voltadas ao desenvolvimento sustentável e ao bem-estar intergeracional, as quais o governo deve implementar, mediante programas eficientes, eficazes e justificados intertemporalmente”. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 336.

uma ablação ou amputação pecuniária (impostos), ou uma não tributação ou uma tributação menor à requerida pelo critério da capacidade contributiva, isto é, uma renúncia total ou parcial a essa ablação ou amputação (benefícios fiscais), estão dominadas pelo intuito de atuar diretamente sobre os comportamentos econômicos e sociais de seus destinatários, desincentivando-os, neutralizando-os nos seus efeitos econômicos e sociais ou fomentando-os, ou seja, de normas que contem medidas de política econômica e social.¹⁴

Da ideia exposta fica nítido o condão regulatório que se extrai da concepção de uma imposição tributária, cujo efeito extrapola a formação de receita (arrecadação).¹⁵ Os efeitos econômicos e sociais pretendidos pelo Estado quando de uso da medida extrafiscal, por materialidade, correspondem a um ato regulatório (de regulação econômica ou social).

Quando observamos a medida extrafiscal podem ser identificadas duas modalidades, quais sejam: a *extrafiscalidade endonormativa* e *extrafiscalidade exonormativa*. Na primeira, a finalidade consequente da tributação vem estabelecida na própria norma, ao passo que na segunda, a consequência economia ou social é percebida em plano externo à norma.

A *CIDE-Royalties* ou *Cide-Tecnologia*, instituída pela Lei n. 10.168/2000, é um exemplo de medida extrafiscal endonormativa pela qual, objetivando estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, impõe-se o tributo para fim de financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação. Percebe-se que a própria norma tributária estabelece a finalidade extrafiscal e que o próprio tributo se mostra como um instrumento regulatório. Tributa-se segmento empresarial específico (pessoas jurídicas detentoras de licença de uso ou adquirentes de conhecimentos tecnológicos, signatárias de contratos de transferência de tecnologia firmados com residentes ou domiciliados no exterior) impactando, assim, diretamente no mercado tributado.

Ao seu turno, os *impostos extrafiscais* – como p.ex. IOF (imposto sobre operações financeiras), IPI (imposto sobre produtos industrializados), imposto de importação e imposto de exportação – são exemplos de medidas extrafiscais exonormativas, uma vez que a norma instituidora dá abertura para que norma distinta a maneje. Trata-se de hipótese de exceção ao princípio da legalidade tributária (estrita), constitucionalmente pensada (CF, artigos 150 e 153, §§ 1º), que possibilita a alteração (majoração ou até mesmo redução à zero) das alíquotas desses impostos como forma de controle regulatório de mercado. Ilustrando: p.ex. frente a uma instabilidade monetária internacional, majoram-se as alíquotas do imposto de importação; objetivando incentivar o consumo, diminuem-se as alíquotas do IPI.¹⁶

Em ambos os casos, é nítido que a medida extrafiscal, endo ou exonormativa, constitui-se como instrumento regulatório. Ciente disso, é importante atentar para a necessidade de realização de uma análise do impacto regulatório da medida, sob pena de se incorrer em uma segunda falácia, qual seja: o automatismo moral na ação extrafiscal, em claro desvirtuamento da função regulatória.

14 NABIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 629.

15 Refere-se à seguinte concepção: “uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados”. ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, 1990. p. 233.

16 Atenta-se: “Os tributos são utilizados não apenas com finalidade fiscal (obtenção de receita), mas também com finalidade extrafiscal, o que ocorre, e.g., quando se tributa pesadamente os latifúndios improdutivos visando a forçar o cumprimento da função social da propriedade ou quando se estabelece elevada alíquota para a importação de determinada mercadoria visando à proteção da indústria nacional”. PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário a luz da doutrina e da jurisprudência*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41.

3.2 Automatismo moral¹⁷ e a análise de impacto regulatório

Automatismo, em definição ordinária, corresponde à conduta pela qual o agente realiza suas ações sem motivação própria. O adjetivo moral, por sua vez, presta-se a qualificar o que é adquirido de modo cogente por meio dos costumes, ou seja, por uma prática reiterada culturalmente aceita.

Na experiência nacional, percebe-se, nitidamente, que o Poder Executivo incorre em automatismo moral ao buscar consolidar o protagonismo na tomada de decisões políticas se utilizando da extrafiscalidade sem a necessária realização de uma avaliação do impacto da regulação econômica ou social que se propõe a implementar.

Nos termos propostos pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE¹⁸, a análise de impacto regulatório (*regulatory impact analysis* – RIA) corresponde a uma ferramenta sistemática utilizada para examinar e medir os benefícios, custos e efeitos prováveis de uma regulação específica. Tem-se, nesses termos, instrumento analítico que informa a *arquitetura de escolhas*¹⁹ do gestor público.

Exemplo desse erro lógico²⁰ é o Decreto n. 7.725/2012, pelo qual o Executivo Federal alterou a tabela de incidência do IPI, reduzindo as alíquotas do imposto para os veículos automotores nacionais novos, numa variação de 0% a 6,5%, com o objetivo regulatório de incentivar o consumo interno. Um impacto inesperado dessa medida extrafiscal refere-se a um período contínuo, dois meses após a edição do decreto, cerca de 4.500 revendas de automóveis usados encerraram suas atividades, de acordo com a estimativa feita pela Federação Nacional das Associações dos Revendedores de Veículos Automotores – FENAUTO.²¹

Como se pode observar, é de extrema importância ter em conta que a política fiscal (tributária) deve ser equacionada com os outros instrumentos políticos, macroeconômicos e regulatórios, sob pena de se ter uma medida ineficaz ou até mesmo negativa.²² Por conseguinte, o automatismo moral importa em instrumentos regulatórios não efetivos e na prevalência da manutenção de uma cultura puramente decisionista em detrimento da reflexão necessária acerca da formulação de uma política pública.²³

17 O automatismo moral, como falácia, é fruto do viés do *status quo*, ou seja, da predisposição de manutenção das “escolhas feitas, ainda que disfuncionais, anacrônicas e obsoletas”, no sentido que se exibem como plenamente adequadas às medidas extrafiscais tão somente para reforçar a decisão previamente tomada – sem uma efetiva avaliação dos impactos regulatórios incidentes no caso concreto. FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 75, 2013. p. 234.

18 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Building an institutional framework for regulatory impact analysis*. Paris: OCDE, 2008. p. 14.

19 Como aduz Cass Sunstein, a arquitetura de escolhas se realiza no ambiente social de tomada de decisões: não é possível desassociar o espaço coletivo e as escolhas públicas. SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: the future of government*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2013. p.9-10.

20 Trata-se de uma avaliação com base em argumento teleológico-avaliativo ou, noutros termos, fundamentando-se em uma perspectiva consequencial. MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hüber Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 175-182.

21 FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DOS REVENDEDORES DE VEÍCULOS AUTOMOTORES – FENAUTO. *Desvalorização de carro usado já fechou mais de 4 mil revendedoras, alerta FENAUTO*. Burocracia: custos e propostas de combate. Disponível em: <<http://www.fenauto.org.br/index.php/noticias/item/123-esvaloriza%C3%A7%C3%A3o-de-carro-usado-j%C3%A1-fechou-mais-de-4-mil-revendedoras,-alerta-fenauto.html>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

22 Merece destaque a concepção de que uma política fiscal sustentável é fundamental para a saúde econômica de um Estado, uma vez que pela tributação ele consegue financiar gastos públicos e por ela representar efeito multiplicador sobre a economia interna – quando expansionista acarreta aumento do PIB real do país; quando contracionista leva a queda do mesmo indicador. Assim, a movimentação da política fiscal influi diretamente no PIB (Produto Interno Bruto) do Estado e, sensivelmente, no bem-estar de sua população. KRUGMAN, Paul; Wells, Robin. *Introdução à economia*. Trad. Helga Hoffmann. 2 ed.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 661-682.

23 Ora “concebidas como programas de Estado Constitucional (mais do que de governo), formulados e implementados pela Administração Pública, que tentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos meios estatais e sociais, cumprir os objetivos vinculantes da Carta, em ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do complexo de direitos fundamentais das gerações

4 Conclusões articuladas

4.1. Direito tributário e direito da regulação possuem uma origem seminal comum: a relação jurídica administrativa. Além disso, existem duas inter-relações: fácil e materialmente perceptíveis, quando se analisa as situações fáticas em concreto: a regulação da tributação e a tributação como regulação. A regulação da tributação se refere ao poder estatal de regulamentação em matéria tributária. Já a tributação como regulação corresponde às medidas fiscais e extrafiscais que importam em regulação econômica ou social.²⁴

4.2. A inter-relação entre tributação e regulação desvela que na tomada de decisões políticas podem incidir falácias ou erros lógicos. No âmbito da regulação da tributação, percebe-se uma apatia de caráter endêmico das casas legislativas no que tange à formulação e proposição de normas tributárias. Quando se trata de instrumentos regulatórios tributários, percebe-se que um automatismo moral na aplicação de medidas executivas, sem a observância da análise de impacto regulatório, acaba por desvirtuar a própria função regulatória da tributação (extrafiscal).

4.3. A consecução de políticas públicas e a concretização de direitos fundamentais correspondem ao objetivo precípuo de um Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, à formulação da política fiscal (seja por instrumentos tributários, regulatórios ou tributário-regulatórios) deve primar pelo seu atendimento. Nesse sentido, tanto o Estado-Regulador (típico da análise regulatória) quanto o Estado-Fiscal (sujeito da relação tributária) deve se pautar pela busca do “desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, no intuito de assegurar, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar”.²⁵

Referências

ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, 1990.

BECKER, Augusto Alfredo. *Carnaval tributário*. São Paulo: LEJUS, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Decreto n. 7.725, de 21 de maio de 2012*. Altera as Notas Complementares NC (87-2), NC (87-4), NC (87-5) e NC (87-7) da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto nº 7.660, de 23 de dezembro de 2011, e dispõe sobre a devolução ficta dos produtos nelas referidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7725.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.

BRASIL. *Lei n. 10.168, de 29 de dezembro de 2000*. Institui contribuição de intervenção de domínio econômico destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10168.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.

BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.

presentes e futuras”. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 458.

24 Em sede de considerações finais, faz-se *mister* referir que a regulação econômica, em particular, segundo George Stigler, é, em regra, resultado de interesses privados e operada fundamentalmente em seu benefício (regulação privada). Entretanto, faz-se o apontamento quanto à existência de exceções, que comportam regras regulatórias cujos efeitos são inegavelmente onerosos aos agentes econômicos, dando-se como ex. a tributação diferenciadamente pesada sobre determinados seguimentos. STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. Trad. Emerson Fabiani. São Paulo: Editora. 34, 2004. p. 23-25.

25 Formulação com base no conceito de *sustentabilidade* de: FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

- BREYER, Stephen G. et. al. *Administrative law and regulatory policy: problems, text, and cases*. 7 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011.
- CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DOS REVENDADORES DE VEÍCULOS AUTOMOTORES – FENAUTO. *Desvalorização de carro usado já fechou mais de 4 mil revendedoras, alerta FENAUTO*. Burocracia: custos e propostas de combate. Disponível em: <<http://www.fenauto.org.br/index.php/noticias/item/123-desvaloriza%C3%A7%C3%A3o-de-carro-usado-j%C3%A1-fechou-mais-de-4-mil-revendedoras,-alerta-fenauto.html>>. Acesso em: 22 nov. 2013.
- FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 75, 2013.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- JEAMMAUD, Antonie. Introduction à la sémantique de la régulation juridique (Des concepts en jeu). In: CLAM, Jean; MARTIN, Gilles (Org.). *Les transformations de la régulation juridique*. Paris: LGDJ, 1998.
- KRUGMAN, Paul; Wells, Robin. *Introdução à economia*. Trad. Helga Hoffmann. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- LIMA, Ediberto Carlos Pontes. *Reforma tributária no Brasil: entre o ideal e o possível*. Brasília: IPEA, 1999.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hüber Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- NABIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009.
- NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Building an institutional framework for regulatory impact analysis*. Paris: OCDE, 2008.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário a luz da doutrina e da jurisprudência*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- REY, Luis. *Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde*. Rio de Janeiro: Gunabara Koogan, 1999.
- STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. Trad. Emerson Fabiani. São Paulo: Editora 34, 2004.
- SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: the future of government*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2013.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Análise econômica do direito: a eficiência da norma jurídica na prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor

Economic Analysis of Law: the effectiveness of the legal system to protect and compensate consumers for damages

Héctor Valverde Santana

Análise econômica do direito: a eficiência da norma jurídica na prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor

Economic Analysis of Law: the effectiveness of the legal system to protect and compensate consumers for damages

Héctor Valverde Santana*

Resumo

O presente estudo visa analisar os impactos econômicos relacionados à formulação da regra jurídica abstrata pelo parlamento e a regra jurídica concreta pelo Poder Judiciário. A ciência do direito se relaciona com diversos campos do conhecimento, dentre eles a história, a filosofia, a sociologia, a antropologia e, mais recentemente, estão sendo desenvolvidos estudos vinculados à economia. O direito do consumidor tem como um dos objetivos principais a proteção da vida e saúde do destinatário final dos produtos e serviços fornecidos no mercado. A vulnerabilidade do consumidor é um princípio aceito universalmente quanto ao direito do consumidor. Portanto, analisar os custos econômicos da prevenção e reparação de danos no direito do consumidor é questão importante para possibilitar a escolha mais eficiente do ponto de vista econômico, porém sempre considerando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, além dos princípios legais da vulnerabilidade, informação, responsabilidade objetiva e solidariedade entre os fornecedores. Finalmente, cuida-se de proposta acadêmica destinada a estudar os efeitos econômicos na formulação da regra jurídica eficiente e justa para o consumidor, sempre visando o fortalecimento do mercado de consumo.

Palavras-chave: análise; econômica; direito; proteção; consumidor; eficiência.

Abstract

This study aims to analyze the economic impacts related to the formulation of abstract legal rule by Parliament and the concrete legal rule by the Court. The science of law relate to various fields of knowledge, including history, philosophy, sociology, anthropology, and more recently being studies linked to the economy. The consumer law has as one of its main objectives the protection of life and health of the final recipient of the goods and services supplied on the market. The vulnerability of consumer is a universally accepted principle regarding consumer rights. So, the analysis of economic costs of prevention and reparation of damages in consumer law is important to enable the more efficient choice from an economic point of view, but always considering the constitutional principles of human dignity and solidarity, in addition to the legal principles of vulnerability,

Recebido em 02/12/2013

Aprovado em 11/05/2014

* Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Diretor de Assuntos Internacionais do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon). Juiz de Direito do Distrito Federal.

information, strict liability and solidarity among the suppliers. Finally, this abstract is about academic proposal that intended to study the economic effects in the formulation of legal regulation efficient and fair for consumers, always aiming at the strengthening of the consumer market.

Keywords: analysis; economic; law; protection; consumer; efficiency.

1 Introdução

O presente trabalho visa estudar a análise econômica do direito (AED) e a sua compatibilidade com o direito do consumidor. Reconhece-se que historicamente os doutrinadores do direito do consumidor, especialmente no sistema da *civil law*, consideram antagônica a teoria da análise econômica do direito e a proteção jurídica do consumidor. Entretanto, busca-se examinar a compatibilização das premissas da análise econômica do direito (AED) e o microsistema jurídico de proteção do consumidor, realizando um diálogo entre a racionalidade e a maximização da riqueza (conceitos econômicos) e o princípio da vulnerabilidade do consumidor (conceito jurídico) previsto na Constituição Federal (art. 5º, XXXII) e no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, I, da Lei n. 8.078/1990).

Não se trata de uma investigação sobre o direito econômico, que se ocupa principalmente de temas macroeconômicos, mas de uma investigação de assuntos relacionados à microeconomia, especialmente quanto à eficiência das regras jurídicas protetivas do consumidor na prevenção e reparação de danos. O conceito de análise econômica do direito é apresentado a partir da visão dos principais autores da matéria, sendo que a sua aplicação aos diversos ramos do direito material e processual é majoritariamente reconhecida. Questão relevante é quanto à aplicação do critério econômico da eficiência (maximização da riqueza) na escolha da regra jurídica, uma vez que há possibilidade de confronto com o caráter distributivo da ciência do direito.

O sistema de proteção do consumidor instituído pela Lei n. 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor) prevê o dever de prevenir e reparar integralmente do dano sofrido pelo consumidor, com base na teoria do risco da atividade, tanto no plano individual quanto na esfera coletiva. Discute-se a questão relativa ao caráter protetivo do Código de Defesa do Consumidor e a premissa fundamental da livre iniciativa. Ressalte-se que a caracterização de normas de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor expressa intervenção do Estado no domínio particular para balizar a contratação de produtos e serviços, impedindo a plena manifestação da vontade diante da desigualdade das partes na relação de consumo.

Noções econômicas pouco familiares ao profissional do direito como maximização da riqueza, eficiência econômica, ótimo de Pareto, teoria dos jogos, incentivos, dentre outros, são utilizadas na composição do argumento relacionado à viabilidade de promover análise econômica do direito do consumidor, em particular quanto às suas regras relativas à prevenção e reparação dos danos sofridos pelo consumidor diante do acidente de consumo ou vício de qualidade de produtos e serviços.

2 Conceito de análise econômica do direito (AED)

A economia e o direito são campos distintos do conhecimento científico, mas de inquestionável conexão conceitual e prática. A noção mais corrente de economia está relacionada ao objeto de estudo que visa alocar eficientemente os recursos escassos às necessidades infinitas da sociedade. A ciência econômica avalia dois aspectos básicos: o primeiro versa sobre a *economia positiva*, que estuda o funcionamento da economia diante da realidade; o segundo aspecto básico se ocupa da *economia normativa*, que formula prescrições fundadas nos dados da economia positiva para estabelecer juízo de valor no sentido de como “deveria ser” a economia.¹

1 COLOMA, German. *Análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 11.

Os estudos relacionados à análise econômica do direito (AED) iniciaram nos Estados Unidos da América a partir do começo da década de 1960, especialmente com a publicação do Teorema de Ronald Coase.² Antes desse marco científico, a análise econômica do direito (AED) se limitava a questões relacionadas à legislação antitruste, de setores regulados da atividade pública, de alguns temas tributários e do impacto do valor das indenizações sobre os direitos subjetivos. Nos diversos estudos realizados a partir de 1960 nos Estados Unidos da América e, posteriormente, em todos os continentes, a análise econômica do direito ampliou seu campo de investigação e alcançou diversos ramos jurídicos, como direito constitucional, direito processual, direito penal e direito privado em geral (propriedade, contratos, responsabilidade civil, família, dentre outros).³

Destaque-se que a análise econômica do direito (AED) experimentou extraordinário desenvolvimento na ciência do direito em razão da identificação de lacuna metodológica que demandava estudos e pesquisas científicas. A elaboração da lei (comando normativo abstrato formulado pelo legislador) e a aplicação da lei (comando normativo concreto formulado pelo juiz) não investigavam quaisquer critérios econômicos para as respectivas escolhas, mas tão somente utilizavam a intuição e as regras ordinárias de experiência. Nessa linha de investigação científica, a economia proporcionou ao direito a avaliação dos impactos ou efeitos das normas formuladas abstrata ou concretamente. O economista avalia o comportamento de consumo com a elevação do preço, ou seja, o preço mais alto provoca uma retração no nível de consumo. Portanto, a economia domina teoria comportamental que revela como as pessoas reagem às alterações de mercado. Da mesma forma, o jurista pode avaliar o comportamento social com a edição de norma com incidência mais específica e sanção mais severa, resultando em uma diminuição do número de comportamento indesejado socialmente e previsto na norma jurídica mais rigorosa. A questão pode ser resumida quanto aos *incentivos* que os agentes econômicos (fornecedores) e o consumidor têm diante das alterações do mercado e das normas jurídicas, conduzindo a solução comportamental a critérios científicos e não à avaliação baseada em mero bom senso.⁴

A análise econômica do direito (AED) não é um ramo autônomo da ciência jurídica, mas um método de raciocínio que pode ser aplicado a todos os ramos do direito positivo. Trata-se de uma especialização do conhecimento multidisciplinar denominado “Direito e Economia” (*Law and Economics*). O objeto central da análise econômica do direito (AED) é investigar a eficiência das normas jurídicas sob o prisma econômico, no regime capitalista, este orientado pelo princípio da livre circulação de riquezas.⁵

Verifica-se uma importante distinção entre a investigação daquilo *que é* (sentido positivo), valendo-se de um critério de verdade, e daquilo *que deve ser* (sentido normativo), referindo-se a um critério de valor. Reconhece-se uma distinção entre o campo fático e o campo axiológico (valor) na avaliação de critérios da análise econômica do direito (AED). A investigação fática se desenvolve por métodos científicos, cujos resultados são suscetíveis de manipulação ou falsificação. A busca axiológica não se baseia em critérios científicos aferíveis empiricamente, mas se opera no campo normativo.⁶

Ivo Gico Jr. exemplifica que “quando um juiz investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato). Por outro lado, quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão... Em resumo, a AED positiva nos auxiliará a compreender

2 TAVANO, María Josefina. *Los presupuestos de la responsabilidad civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011. p. 47-48.

3 COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 23-24.

4 COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 24-25.

5 GONÇALVES, Vítor Fernandes. A análise econômica da responsabilidade civil extracontratual. *Revista Forense, Revista Forense*, São Paulo, v. 357, p. 129-163, set./out. 2001, p. 129.

6 GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15.

o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido.”⁷

A análise econômica do direito (AED) é a aplicação de instrumentos analíticos e empíricos da ciência econômica, especialmente da microeconomia, que se manifesta no plano individual para compreender, explicar e prever as consequências fáticas das normas jurídicas, bem como extrair o conteúdo e a extensão do próprio ordenamento jurídico. A análise econômica do direito (AED) não se confunde com a aplicação do direito por economista, mas, ao contrário, são juristas, que podem possuir formação econômica, que buscam compreender o complexo ordenamento jurídico a partir de conceitos econômicos.⁸

3 Eficiência das normas jurídicas protetivas do consumidor

A análise econômica do direito (AED) objetiva auxiliar o legislador na formulação abstrata da norma jurídica e o aplicador da lei em sua concretização, devendo observar em ambos os casos o critério da eficiência econômica. Registre-se que o Código de Defesa do Consumidor é um conjunto normativo (microsistema jurídico) que institui uma política pública e tem como função principal a proteção do sujeito vulnerável da relação jurídica estabelecida entre o fornecedor de produtos e serviços e o destinatário final de toda atividade de mercado (consumidor). Não é uma lei (Lei n. 8.078/1990) que disciplina relação jurídica entre sujeitos de direitos iguais, mas indubitavelmente de caráter protetivo. Dessa forma, o exame da questão gira em torno da indagação relacionada à eficiência econômica das normas protetivas do consumidor no direito brasileiro.

A defesa do consumidor é princípio da ordem econômica, conforme art. 170, V, da Constituição Federal. Nessa linha de argumentação, a economia brasileira não pode prescindir de tutelar o sujeito mais fraco da relação jurídica de consumo (consumidor), pois este é responsável por aproximadamente dois terços (2/3) do dinheiro que circula no mercado de consumo. É certo que o Brasil experimentou um extraordinário desenvolvimento econômico nas duas últimas décadas (1990-2010), alcançando o posto de sétima (7^a) economia mundial, sendo que a defesa do consumidor contribuiu significativamente para o país consolidar sua posição de destaque na economia mundial.

A tutela do consumidor é uma política pública que deve ser aplicada com leis e decisões administrativas e judiciais eficientes, tudo a fim de evitar o desperdício, objetivo da economia, pois essa leva em conta a escassez de recursos e as necessidades ilimitadas dos integrantes da sociedade. A análise econômica do direito (AED) não se ocupa do aspecto axiológico de *justo* ou *injusto*, mas diretamente investiga a regra eficiente ou ineficiente do ponto de vista econômico. Ivo Gico Junior esclarece a dicotomia entre eficiência e justiça da seguinte maneira: “Mesmo quando realizando uma análise normativa, a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseja implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios.”⁹

7 GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1 e 18.

8 GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

9 GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 27.

Existem diversos critérios para estabelecer a noção de eficiência, a exemplo das ideias de Adam Smith, Pareto e Kaldor-Hicks. Há divergências entre os economistas e os juristas que se ocupam da análise econômica do direito (AED) sobre a noção de eficiência, inclusive controvérsias entre as escolas de direito de Chicago, Virgínia e Yale, precursoras e vanguardistas na análise econômica de direito. A escola de Chicago sustenta que é possível fazer um juízo objetivo da eficiência, considerando a distribuição inicial de direitos, bem como sustenta que o objetivo do direito é maximizar a riqueza. O critério subjetivo e contratualista de eficiência é defendido pela escola da Virgínia. Por seu turno, a escola de Yale afirma que a eficiência é o critério central da análise econômica do direito (AED), porém deve ser compreendido à luz de preocupações distributivas.¹⁰

Critério largamente utilizado na análise econômica de direito é conhecido como *eficiência de Pareto*.¹¹ Trata-se de regra aplicada à economia baseada na distribuição da riqueza e a alocação eficiente dos recursos, sempre considerando as preferências pessoais. Dessa forma, o *Pareto eficiente* se configura quando uma situação social não pode ser alterada para melhorar a situação de um sujeito sem que provoque uma situação pior para outro sujeito. O critério de *Pareto* pode ser usado, conforme sustentam os economistas, para determinar a eficiência da produção.¹²

As normas protetivas do consumidor devem ser questionadas a partir do critério de eficiência, seja do ponto de vista da maximização da riqueza ou até como critério distributivo para alcançar a justiça social. Do ponto de vista econômico, a norma protetiva do consumidor é que viabiliza o fomento da microeconomia e, conseqüentemente, promove o desenvolvimento de todos os atores que atuam no mercado: Estado, empresários e consumidores. Negar proteção ao consumidor, desconsiderar o potencial econômico que está em suas mãos significa retroceder em termos de eficiência econômica.

A teoria comportamental desenvolvida pela economia, a partir da observação relativa ao aumento do preço e a retração do consumo, pode ser aplicada ao direito do consumidor, mormente quando se ressalta o caráter protetivo das normas consumeristas, que impõem a observância de direitos básicos do consumidor, estes inafastáveis por vontade das partes (fornecedor e consumidor). As normas protetivas do direito do consumidor são eficientes do ponto de vista econômico porque promovem o equilíbrio da relação de consumo que se desenvolvem no mercado. Caso contrário, haveria um desequilíbrio e a eficiência econômica estaria frustrada.¹³

4 Análise econômica da prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor

A proteção sistêmica do consumidor não existia até a Constituição Federal de 1988.¹⁴ A tutela do consumidor era meramente reflexa, porquanto existiam normas jurídicas esparsas e apenas se ocupavam de criminalizar condutas dos fornecedores em relação à economia popular (Dec. n. 22.626/1933 - Lei de Usura — e a Lei n. 1.521/1951 — Lei dos Crimes contra a Economia Popular), sem que houvesse atenção especial para a prevenção e reparação dos danos sofridos pelo consumidor.

A defesa institucional do consumidor se inicia no Brasil com a criação do PROCON de São Paulo, por intermédio da Lei Estadual n. 1.903, de 20 de dezembro de 1978. A proteção coletiva do consumidor brasileiro experimentou grande avanço com a edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985). A tutela administrativa do consumidor brasileiro na esfera federal tem marco inicial com a edição do Dec.

10 TAVANO, María Josefina. *Los presupuestos de la responsabilidad civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011. p. 90 e 106.

11 Richard A. Posner sustenta que: “Como a medição direta da utilidade é impossível, normalmente a única maneira de demonstrar, segundo o critério de Pareto, a superioridade de uma alteração na alocação de recursos é mostrar que houve o consentimento de todas as pessoas afetadas.” In: POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 105-106.

12 KISHATAINY, Niall [et. al.]. *The economics book*. Londres: Dorling Kindersley, 2012. p. 130-131.

13 OLIVEIRA, Amanda Flávio de; FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 81, p. 13-37, jan./mar. 2012.

14 SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 75-76.

n. 91.469/1985, que criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, posteriormente substituído pelo Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), subordinado à Secretaria Nacional de Direito Econômico, do Ministério da Justiça. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) foi substituído pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) por intermédio do Decreto n. 7.738/2012.

O Ministério da Justiça, por meio do então Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), anteriormente à Constituição Federal de 1988, já havia nomeado comissão de juristas para elaborar anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor. Após a conclusão dos trabalhos da comissão de juristas, houve a publicação do referido anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor no Diário Oficial da União de 04 de janeiro de 1989. Com base nesse anteprojeto, houve ampla discussão pela sociedade civil e setores interessados acerca da proteção do consumidor, oportunidade em que vários parlamentares apresentaram projetos de lei visando instituir o Código de Defesa do Consumidor, conforme determinação do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).¹⁵

O atual modelo jurídico de proteção do consumidor brasileiro foi introduzido pela Constituição Federal de 1988. O Estado foi indicado como sujeito responsável pela defesa do consumidor, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal. Cuida-se de direito fundamental à proteção do sujeito vulnerável no mercado de consumo pelo Estado. A defesa do consumidor também é reconhecida como um direito público subjetivo, tanto individual quanto coletivo.

O Estado tem o dever de promover a defesa do consumidor e conduz à ideia do Estado-Promotor ou Estado-Providência, modelo de organização em que o Estado se apresenta como sujeito passivo de prestações no campo social e econômico.¹⁶ São direitos positivos a prestações ou ações estatais. O verbo *promover* tem significado mais amplo do que simplesmente proteger, pois significa também organizar, desenvolver e defender administrativa e judicialmente os direitos dos consumidores.

A Constituição Federal fez uma opção clara pelo sistema econômico capitalista, considerando que a livre iniciativa é um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV). O art. 170 da Constituição Federal estabelece que a ordem econômica brasileira está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Em complemento, a defesa do consumidor foi eleita como um dos princípios da atividade econômica (art. 170, V, da Constituição Federal), ao lado de outros princípios como a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais, a busca pelo pleno emprego e o tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte. Reconhece-se, portanto, no plano normativo, que a proteção do consumidor é necessária ao crescimento e fortalecimento da economia nacional, uma vez que não há mercado forte com consumidor fraco ou desprotegido. Finalmente, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fixou prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da promulgação da Constituição Federal, para o Congresso Nacional elaborar o Código de Defesa do Consumidor.

Além das normas constitucionais acima referidas, outras normas relacionadas à defesa do consumidor estão dispostas na Constituição Federal, a exemplo da competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre produção, consumo e responsabilidade civil por dano ao consumidor (art. 24, incisos V e VIII); do direito à informação acerca da carga tributária incidente sobre produtos e serviços (art. 150, § 5º, regulamentada pela Lei n. 12.741/2012); da observância dos direitos do usuário (consumidor) na delegação de serviços públicos prestados a título singular por pessoas jurídicas de direito privado (art. 175, parágrafo único, II); da limitação da publicidade de produtos relacionados à

15 GRINOVER, Ada Pellegrini. [et. al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1-4.

16 TOMASETTI JUNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, p. 28, abr./jun. 1995.

tutela da saúde do consumidor (art. 220, §§ 3º e 4º); e da produção e programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221).

O Código de Defesa do Consumidor foi editado por intermédio da Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. O objetivo do Código de Defesa do Consumidor foi regulamentar e equilibrar a relação jurídica estabelecida entre o consumidor e o fornecedor, tendo como objeto produtos e serviços. A lei consumerista não corresponde a instrumento de punição ao empresariado nacional, mas instrumento de fortalecimento do mercado e consolidação da cidadania. O Código de Defesa do Consumidor apresenta estrutura multidisciplinar, uma vez que encerra a tutela do consumidor nos âmbitos civil, administrativo, penal e processual coletivo.

O microsistema jurídico autônomo do consumidor é destinado à tutela do sujeito vulnerável na relação de consumo. As normas regentes das relações jurídicas de consumo são de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC). A locução *ordem pública* significa que as partes envolvidas na relação de consumo não podem dispor da regência normativa estabelecida no Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de efetiva intervenção do Estado na seara privada (relação entre fornecedor e consumidor) para o fim de preservar a igualdade real, em especial, no contrato de consumo celebrado entre o fornecedor e o consumidor.¹⁷

Destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.061.530/RS, afetado como incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários, firmou orientação no sentido de que *é vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários*. Posteriormente, foi editada a súmula 381 do STJ no sentido de vedar o conhecimento de ofício de cláusulas abusivas nos contratos bancários.¹⁸

A locução *interesse social* prevista no art. 1º do CDC significa que o Ministério Público tem participação obrigatória em todas as ações coletivas de consumo, em harmonia com o disposto nos arts. 127, *caput* e 129, IX, da Constituição Federal.¹⁹ A lide individual de consumo não demanda a participação do Ministério Público na medida em que não há interesse público imediato. Ressalte-se que o direito do consumidor é ramo do direito privado, ou seja, que regula a relação entre sujeitos privados quando atuam no mercado de consumo. Lembre-se que mesmo quando o Estado atua como fornecedor, nos termos dos arts. 3º, § 2º e 22, ambos do Código de Defesa do Consumidor, há uma atividade de prestação de serviços no mercado de consumo, cuja remuneração é fixada por lei (preço público ou tarifa) e o destinatário final é um sujeito vulnerável técnica, econômica, fática e informacional (consumidor). Nesse caso não há incidência das normas de direito público (direito administrativo), mas as normas do microsistema jurídico instituído pelo Código de Defesa do Consumidor.

O direito do consumidor ganha autonomia científica na medida em que são reconhecidos alguns princípios específicos, tais como o princípio da vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC), o princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, III, do CDC), o princípio da informação adequada e clara (art. 6º, III, do CDC), o princípio da responsabilidade objetiva do fornecedor (arts. 12 e 14, ambos do CDC, com exceção da responsabilidade dos profissionais liberais – art. 14, § 4º, do CDC) e o princípio da solidariedade entre fornecedores (arts. 7º, parágrafo único, 18, *caput*, 19, 25, § 1º, 28, § 3º e 34, todos do CDC).

O contrato de consumo também é regido de forma específica,²⁰ visando à proteção do consumidor, a exemplo do princípio da conservação dos contratos (art. 51, § 2º, do CDC), do princípio da interpretação dos contratos (art. 47 do CDC), do princípio da proibição de cláusulas abusivas (art. 51 do CDC),

17 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 221-226.

18 Súmula 381 do STJ: Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

19 NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos relevantes do CDC. *Justitia*, São Paulo, v. 53, p. 79, jul./set. 1991.

20 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 740-741.

do princípio da identificação da mensagem publicitária (art. 36 do CDC), do princípio da vinculação contratual da publicidade (art. 30 do CDC), do princípio da veracidade (art. 37, § 1º, do CDC), do princípio da não abusividade da publicidade (art. 37, § 2º, do CDC), do princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor (art. 38 do CDC) e do princípio da correção do desvio publicitário (art. 56, XII, do CDC).

O modelo legislativo brasileiro estabeleceu diversos direitos básicos do consumidor, representando a intervenção do Estado na relação privada constituída entre o fornecedor e o consumidor. Dentre os direitos básicos do consumidor, registre-se a previsão de efetiva prevenção e reparação dos danos materiais e morais, tanto no plano individual quanto na esfera transindividual (direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos — art. 81, parágrafo único, I, II, e III, do CDC), nos termos do art. 6º, incisos VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor.²¹

A prevenção de danos é expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor e se manifesta essencialmente no dever de o fornecedor prestar as informações adequadas e claras ao consumidor. O fornecimento de produtos e a prestação de serviços implicam, por regra geral, riscos à saúde e à segurança do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor disciplina os níveis de informação para os variados graus de periculosidade e nocividade de produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo.

Parte-se da premissa de que os produtos e serviços não podem acarretar riscos à saúde e segurança do consumidor. Entretanto, a lei consumerista (art. 8º do CDC) reconhece que os produtos e serviços podem apresentar riscos normais e previsíveis em razão de suas características próprias. A título de esclarecimento do ponto, uma faca (produto) apresenta um risco normal e previsível ao consumidor, bem como o transporte aéreo (serviço) também é atividade de risco. Nessa linha de raciocínio, mesmo que o risco seja normal e previsível, o fornecedor tem o dever de prestar as informações adequadas sobre a correta utilização dos produtos e serviços que introduz no mercado de consumo, a fim de evitar danos à saúde e segurança do consumidor.

O dever de informação é reforçado quando se trata de produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde e segurança do consumidor (art. 9º do CDC). Nesse caso, a informação deverá ser *ostensiva* e *adequada* sobre a periculosidade ou nocividade dos produtos e serviços, sempre com o intuito de prevenir o evento danoso. Além da informação ostensiva e adequada, o fornecedor tem a obrigação de tomar quaisquer outras medidas cabíveis de acordo com as peculiaridades do caso concreto, ou seja, se a situação demandar providências específicas, a mera informação prestada pelo fornecedor não tem a consequência jurídica de eximi-lo de reparar eventual dano sofrido pelo consumidor.

Os produtos ou serviços que apresentem alto grau de periculosidade ou nocividade à saúde e segurança do consumidor não podem ser colocados no mercado de consumo (art. 10 do CDC). A referida regra legal objetiva prevenir eventos danosos aos consumidores. Exige-se que o fornecedor tenha conhecimento do alto grau de periculosidade ou nocividade dos produtos ou serviços, bem como a regra legal em questão contempla a possibilidade de que o fornecedor *deveria saber* da periculosidade ou nocividade do produto ou serviço que coloca no mercado. Portanto, não é causa excludente de responsabilidade do fornecedor a alegação de que não sabia do alto grau de periculosidade ou nocividade do produto ou serviços que introduziu no mercado de consumo.

A título de prevenção de danos, o Código de Defesa do Consumidor regula ainda o *recall* (art. 10, §§ 1º ao 3º, do CDC). Na hipótese de o fornecedor tomar conhecimento da periculosidade do produto após a introdução daqueles no mercado, há o dever de comunicar o fato às autoridades competentes e aos consumidores. A providência determinada pelo Código de Defesa do Consumidor tem a finalidade de oportunizar aos consumidores a substituição das partes defeituosas (afastamento da periculosidade dos produtos e serviços), tudo às expensas do fornecedor, sendo indevida qualquer remuneração por parte do consumidor no procedimento do *recall*.

21 ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 80-82.

Observa-se que o Código de Defesa do Consumidor dispõe em várias passagens sobre a prevenção de danos. A análise econômica do direito (AED) disponibiliza uma abordagem simples e objetiva da reparação do dano praticado pelo fornecedor (agente ofensor), partindo da premissa de que a regra de responsabilização é adequada quando representa incentivos corretos para que o fornecedor adote um *nível ótimo de prevenção* de danos na sua atividade produtiva. Entretanto, admite-se a dificuldade de estabelecer o *nível ótimo de prevenção* quando existem variações significativas nas diversas atividades de produção no complexo mercado de consumo. A análise econômica do direito reconhece que o *nível ótimo de prevenção de danos* está na média dos custos aportados para as medidas tendentes a diminuir a ocorrência de danos, ou seja, não pode haver déficit nas cautelas, porém o excesso de providências preventivas pode representar um custo inadequado e gerar desperdício, tornando a providência ineficiente do ponto de vista econômico. A fórmula do Juiz Learned Hand é reconhecida como técnica útil à obtenção do *nível ótimo de prevenção*, pois traduz a ideia de que as medidas de prevenção somente serão adequadas (*nível ótimo*) quando os custos forem inferiores aos benefícios produzidos.²²

A teoria dos jogos é instrumento utilizado pela análise econômica do direito para avaliar situações estratégicas, estas compreendidas na ideia aplicada ao direito do consumidor pela avaliação dos comportamentos dos sujeitos de direito, envolvidos na relação de consumo (fornecedor e consumidor). Algumas variações são analisadas a fim de se identificar o *nível ótimo de prevenção de danos*. Na hipótese de ausência de responsabilidade do fornecedor diante dos danos sofridos pelo consumidor, conclui-se que não há incentivo para que o fornecedor adote qualquer providência a fim de evitar danos ao consumidor. Por outro lado, a responsabilização ilimitada do fornecedor (teoria do risco integral) também não pode ser considerada como *nível ótimo de prevenção de danos* porque, considerando as situações estratégicas que demanda atividades recíprocas para se encontrar a melhor solução, a vítima não tem qualquer incentivo para desenvolver ações ou omissões tendentes a evitar o dano. Compreende-se que a ausência de responsabilidade e a responsabilidade ilimitada do fornecedor são situações extremas que não correspondem ao *nível ótimo de prevenção* desejado pela análise econômica do direito, que somente será alcançado na média das duas (02) situações anteriores.²³

Na hipótese de responsabilidade subjetiva, cuja obrigação de indenizar decorre necessariamente da prova da culpa do fornecedor (agente ofensor) pelo consumidor (vítima), que no Código de Defesa do Consumidor é uma exceção apenas para o caso de responsabilização dos profissionais liberais (art. 14, § 4º), há estratégia dominante para o fornecedor, pois a este corresponde o dever de prevenir a ocorrência do dano. O Código de Defesa do Consumidor optou de forma idêntica à Comunidade Econômica Europeia (CEE) na Diretiva n. 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985, pela responsabilidade objetiva do fornecedor porque reconhece que a prova da culpa é fator que inviabiliza o sucesso dos pleitos indenizatórios.²⁴ A responsabilidade objetiva, caracterizada pela dispensa da prova da culpa do fornecedor para configurar a obrigação de indenizar, é caracterizada pela posição estratégica dominante do consumidor (vítima), pois admite a culpa exclusiva deste como causa excludente de responsabilidade, motivo pelo qual o consumidor (vítima) também deverá adotar medidas preventivas para minimizar a possibilidade de ocorrência danosa.²⁵ A rigor, também na responsabilidade subjetiva há o reconhecimento da culpa exclusiva da vítima como causa excludente de responsabilidade, dado que conduz a conclusão que a vítima também exerceria estratégia dominante na hipótese em questão.

22 PORTO, Antonio José Maristrello. *Introdução ao Direito e Economia*. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 180-184.

23 PORTO, Antonio José Maristrello. *Introdução ao Direito e Economia*. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 190-193.

24 AFONSO, Maria; VARIZ, Manuel. *Da responsabilidade civil decorrente de produtos defeituosos*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 25.

25 PORTO, Antonio José Maristrello. *Introdução ao Direito e Economia*. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 193-195.

A reparação do dano no direito do consumidor apresenta significativa alteração em relação ao modelo de responsabilidade civil adotado pelo Código Civil de 1916. Não há no Código de Defesa do Consumidor a adoção da teoria dualista ou clássica da responsabilidade civil, ou seja, a divisão entre responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. O Código de Defesa do Consumidor disciplina a reparação de danos em fato do produto ou serviço (acidente de consumo) e vício do produto ou serviço. Além dessas duas categorias, o consumidor ainda pode sofrer danos relacionados à inexecução contratual, cuja solução para a reparação deve ser extraída no Código de Defesa do Consumidor pela incidência dos arts. 30 a 38, que versam sobre oferta e publicidade (fase pré-contratual) e arts. 46 a 54, que disciplinam a proteção contratual, bem como os demais princípios e regras que compõem o microsistema de proteção do consumidor. Em diálogo complementar de fontes, em caso de descumprimento do contrato de consumo por parte do fornecedor, são aplicáveis as regras previstas no título IV (do inadimplemento das obrigações), do Livro I (parte especial) — do direito das obrigações, do Código Civil, desde que compatíveis com o regime normativo constitucional e legal de proteção do consumidor.

O consumidor ainda pode sofrer violação aos direitos da personalidade, ensejando a propositura de ação de reparação de danos morais, nos termos do art. 5º, V e X, da Constituição Federal. O dano moral é categoria autônoma em relação ao dano material, que este se manifesta pelo fato ou vício do produto ou serviço, e pelo mero descumprimento contratual. O dano moral é a lesão a direito da personalidade, sem uma necessária correspondência pecuniária-patrimonial, mas que decorre de ato ilícito objetivo que vulnera os atributos físicos, psíquicos e morais do sujeito de direito. A vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor justifica tratamento diferenciado na análise da configuração do dano moral e também na quantificação judicial da indenização. A quantificação do valor do dano moral deve considerar o caráter compensatório da vítima, a punição ao ofensor (fornecedor) e servir de desestímulo aos demais fornecedores quanto a práticas semelhantes.

A Constituição Federal determina que a *resposta* será proporcional ao agravo (art. 5º, V) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI e VII) prevê a *efetiva* prevenção e reparação do dano material, moral, individual, coletivo e difuso. Dessa forma, todas as leis que previam indenização tarifada ou tabelada no Brasil não foram recepcionadas pela atual Constituição Federal. A indenização não pode ser tabelada ou tarifada por lei ou pela jurisprudência, pois está consagrado o princípio da reparação integral do dano (*restitutio in integrum*) no ordenamento jurídico brasileiro. O tabelamento ou tarifação do dano gera ineficiência na prevenção, pois não há incentivo para o fornecedor buscar o *nível ótimo de prevenção*, uma vez que a avaliação do custo-benefício pode resultar que a reparação dos danos é medida eficiente do ponto de vista econômico, afastando a prevenção socialmente almejada. Eventual tabelamento ou tarifação do dano representaria manifesta contrariedade ao princípio da reparação integral do dano, bem como promoveria uma manifesta injustiça ao consumidor, que teria que suportar parcialmente os custos dos danos sofridos, independentemente de qualquer ato ilícito de sua parte. Ressalte que a tendência da moderna responsabilidade civil é exatamente amparar a vítima e não promover a distribuição de riscos entre os sujeitos da relação jurídica de consumo.

O critério de custo-benefício em sede de responsabilidade civil do fornecedor pelo acidente de consumo não deve ser admitido, porquanto a *eficiência* econômica não pode prevalecer sobre a proteção da vida e saúde do consumidor. Lembre-se do lamentável caso Ford Pinto para afastar a *eficiência* econômica absoluta no direito do consumidor. Lily Gray, consumidora norte-americana, em maio de 1972, estava viajando num Ford Pinto, com seu vizinho Richard Grimshaw, com treze anos de idade, quando seu carro foi abalroado por outro carro que viajava a aproximadamente quarenta e cinco (45) km/h. O impacto provocou um incêndio no Ford-Pinto, resultando na morte de Lily Gray e lesões graves em Richard Grimshaw. A questão foi judicializada, resultando em condenação da empresa Ford ao pagamento de indenização à família de Lily Gray de U\$ 560.000,00 (quinhentos e sessenta mil dólares), U\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil dólares) à Richard Grimshaw, bem como U\$ 125.000.000,00 (cento e vinte e cinco milhões de dólares) a título de indenização punitiva (*punitive damages*), que posteriormente foi reduzida para U\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil dólares).

O valor elevado fixado pelo júri a título de indenização punitiva (*punitive damages*) foi fruto da indignação quanto ao desprezo pela vida humana, uma vez que a empresa Ford tinha pleno conhecimento da insegurança do veículo (tanque de combustível colocado na parte traseira). Não obstante a alta periculosidade do veículo,

a empresa Ford avaliou o custo-benefício e tomou a decisão de lançar o veículo no mercado, reconhecendo a possibilidade de mortes e lesões graves aos consumidores, cujo custo de adaptação de segurança seria de U\$ 11,00 (onze dólares) por cada veículo. A decisão da empresa Ford foi baseada no seguinte cálculo: a produção estimada era de onze (11) milhões de carros e um e meio milhão (1,5) de caminhões, resultando no custo de adaptação de segurança superior a U\$ 137.000.000,00 (cento e trinta e sete milhões de dólares). As mudanças de segurança poderiam evitar cento e oitenta (180) mortes, cento e oitenta (180) lesões corporais e dois mil e cem (2.100) carros incendiados. A indenização por morte foi calculada individualmente em U\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares), a indenização por lesão corporal foi estimada individualmente em U\$ 67.000,00 (sessenta e sete mil dólares) e a reparação dos danos nos veículos em U\$ 700,00 (setecentos dólares) cada. Portanto, o valor total das indenizações seria de U\$ 49.000.000,00 (quarenta e nove milhões de dólares), correspondendo a um custo social bem menor em relação aos U\$ 137.000.000,00 (cento e trinta e sete milhões de dólares) para superar o defeito dos veículos.²⁶

Conforme ressaltado anteriormente, as atividades desenvolvidas pelos fornecedores são, em regra, de manifesto risco de dano ao destinatário final dos produtos e serviços. A teoria do risco da atividade (ou risco do negócio ou risco empresarial) informa a responsabilidade objetiva do fornecedor como regra geral no microsistema de defesa do consumidor. Somente nos casos de profissionais liberais, o Código de Defesa do Consumidor demanda, excepcionalmente, a prova da culpa para configurar o dever de indenizar em razão de dano sofrido pelo consumidor.

A responsabilidade pelo fato do produto ou serviço (arts. 12 a 17 do CDC) corresponde ao acidente de consumo decorrente de defeito do produto ou serviço. O defeito do produto ou serviço é caracterizado pela anomalia de projeto ou concepção, execução ou informação. A prevenção de acidente de consumo é medida unilateral do fornecedor, pois este domina toda a fase de produção do bem da vida, sem qualquer interferência do consumidor, razão pela qual a responsabilidade objetiva é mais adequada do ponto de vista da análise econômica do direito para promover a reparação do dano sofrido pelo consumidor.²⁷ Na mesma linha de argumentação, a alocação eficiente dos custos do acidente de consumo deve recair sobre o sujeito (fornecedor) cujo comportamento é mais apto a reduzi-los.²⁸

As causas excludentes de responsabilidade são admitidas expressamente pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 12, § 3º, I, II e III, e 14, § 3º, I e II). Não há configuração do nexos de causalidade, nos moldes da teoria da causalidade direta e imediata adotada majoritariamente no Brasil, quando o fornecedor provar que não colocou o produto no mercado, ou que colocou o produto no mercado, mas o defeito não existe, ou que não prestou o serviço, ou que o evento danoso tenha decorrido de culpa exclusiva da vítima ou de culpa exclusiva de terceiro.

Acrescente-se que o fato necessário (caso fortuito e força maior) também é admitido, em diálogo das fontes, como causa excludente de responsabilidade do fornecedor, apesar de ter disciplina apenas no art. 393 do Código Civil e não expressamente no Código de Defesa do Consumidor. A análise econômica do direito reconhece as causas excludentes de responsabilidade como referência de prevenção bilateral do dano na relação de consumo, uma vez que o consumidor também tem o dever jurídico de se conduzir no sentido de adotar medidas para evitar o dano, sob pena de responder parcialmente (culpa concorrente, art. 945 do Código Civil) ou arcar integralmente com as consequências do dano (arts. 12, § 3º, I, II e III, e 14, § 3º, I e II).

5 Conclusão

A economia e o direito têm conexões inquestionáveis, razão pela qual o método conhecido como análise econômica do direito tem sido reconhecido como indispensável para a eleição da regra jurídica eficiente e que evita desperdício dos escassos recursos existentes na sociedade. A alocação eficiente de

26 LEGGETT, Christopher. *The Ford Pinto Case: the valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument*. 1999. Disponível em: <<http://www.hss.iitm.ac.in/courses/sreekumar/Ford%20Pinto%20Case.pdf>>. Acesso em: 30.nov.2013.

27 COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 393-396.

28 CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven-London: Yale University Press, 1970. p. 134.

recursos escassos é a contribuição da análise econômica do direito, que, por sua vez, preenche lacuna metodológica da ciência do direito.

A escolha da regra jurídica com base em critérios econômicos é compatível com a política pública de proteção do consumidor. Ressalte-se que o ordenamento jurídico brasileiro tem como núcleo axiológico a proteção da dignidade da pessoa humana, que em hipótese alguma poderá ser afastado na eleição da regra jurídica abstrata ou concreta. Nesse sentido, o critério da eficiência econômica, como realizador da maximização da riqueza, não prevalece em face da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. A análise econômica do direito deve ser utilizada somente quando as soluções possíveis não conflitam com a dignidade da pessoa humana e a solidariedade.

A teoria comportamental da economia encontra aplicação correspondente no direito do consumidor, porquanto a adoção de regras mais impositivas ao fornecedor resulta em reforço dos deveres de informação, qualidade e segurança e, conseqüentemente, maior proteção do consumidor e equilíbrio da relação de consumo, com resultados positivos diretos ao funcionamento do mercado. Entretanto, ressalte-se que o equilíbrio da relação jurídica de consumo apenas se concretiza com a intervenção do Estado, seja na formulação da regra abstrata pelo Poder Legislativo, seja pela criação de regra concreta pelo Poder Judiciário, bem como a execução correta da política pública protetiva do consumidor pelo Poder Executivo.

O dever de prevenção de danos foi eficientemente imputado ao fornecedor. O consumidor não tem qualquer possibilidade de interferir no processo produtivo, não dispõe de informações adequadas sobre o projeto, fabricação, montagem e comercialização dos produtos ou da prestação do serviço, motivo pelo qual não lhe poderia ser transferida qualquer parcela de responsabilidade pela qualidade ou segurança dos produtos ou serviços. O risco da atividade deve ser plenamente assumido pelo fornecedor e a reparação do dano unilateral deve ser integralmente atribuída ao sujeito que exerce a posição de dominação na relação jurídica de consumo.

A prevenção do dano atribuída ao fornecedor é eficiente economicamente porque representa um incentivo adequado a posturas mais comprometidas com a saúde e segurança do destinatário final dos produtos e serviços (consumidor). A teoria dos jogos explica a eleição correta da reparação dos danos com base na teoria do risco da atividade (ou risco proveito ou risco empresarial), independentemente da prova da culpa do agente causador do dano, pois a completa ausência de responsabilidade e a responsabilidade ilimitada não criam incentivos aptos às partes para a prevenção de danos. Finalmente, as causas excludentes de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor representam a possibilidade de o consumidor suportar, total ou parcialmente, os prejuízos decorrentes da utilização indevida de produtos ou serviços ou que correspondam à violação do dever geral de cautela no ato de consumo.

Referências

- AFONSO, Maria; VARIZ, Manuel. *Da responsabilidade civil decorrente de produtos defeituosos*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven-London: Yale University Press, 1970.
- COLOMA, German. *Análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- GICO JUNIOR, Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. [et. al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- GONÇALVES, Vítor Fernandes. A análise econômica da responsabilidade civil extracontratual. *Revista Forense, Revista Forense*, São Paulo, v. 357, p. 129-163, set./out. 2001.
- KISHATAINY, Niall [et. al.]. *The economics book*. Londres: Dorling Kindersley, 2012.
- LEGGETT, Cristopher. *The Ford Pinto Case: the valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument*. 1999. Disponível em: <<http://www.hss.iitm.ac.in/courses/sreekumar/Ford%20Pinto%20Case.pdf>>. Acesso em: 30. nov.2013.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos relevantes do CDC. *Justitia*, São Paulo, v. 53, jul./set. 1991.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de; FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 81, p. 13-37, jan./mar. 2012.
- PORTO, Antonio José Maristrello. *Introdução ao Direito e Economia*. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- POSNER, Richard Allan. *A economia da justiça*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- TAVANO, María Josefina. *Los presupuestos de la responsabilidad civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.
- TOMASETTI JUNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, abr./jun. 1995.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Inovação para quem? O caso da política de inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora

Innovation for whom? The case of innovation policy of Federal University of Juiz de Fora

Marcos Vinício Chein Feres
Marcelo Castro Cunha Filho

Inovação para quem? O caso da política de inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora

Innovation for whom? The case of innovation policy of Federal University of Juiz de Fora

Marcos Vinício Chein Feres*

Marcelo Castro Cunha Filho**

RESUMO

O presente artigo objetiva compatibilizar os critérios de adoção de políticas públicas da área de inovação no âmbito das Instituições de Ciência e Tecnologia do Brasil (ICT) com uma interpretação pós-positivista das normas jurídicas referentes ao tema. A partir da teoria da Integridade de Ronald Dworkin e da teoria da Ação Comunicativa aplicada ao Direito de Habermas, pretende-se reconstruir argumentativamente o quadro institucional da inovação no país de modo que ele sirva de suporte normativo à adoção de políticas públicas com viés ético-político tendente a atenuar os efeitos de um planejamento simbolicamente injusto no setor. Para tanto, sustenta-se que a adoção de políticas públicas por parte das Instituições de Ciência e Tecnologia deve se distanciar de uma concepção de inovação meramente utilitária, isto é, que se orienta exclusivamente pelo balanço quantitativo de aspectos como tempo e custo. Realiza-se, a partir dessa nova perspectiva, um estudo de caso sobre a política de inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora, a saber, o Programa de Incentivo à Inovação (PII) e conclui-se que a política adotada pela autarquia federal deve ser reformulada segundo o entendimento teórico proposto. Apesar de o trabalho constituir uma crítica ácida aos métodos de adoção de políticas públicas da área de inovação no Brasil, ele não foi capaz de restabelecer, em razão da fase inicial da pesquisa, critérios específicos para a proposição de políticas públicas por parte das ICT. A originalidade do trabalho advém da problematização, metodologicamente fundada, de uma prática atualmente inquestionável, porém moral e juridicamente deficiente.

Palavras-Chave: Política de inovação; Instituições de Ciência e Tecnologia; Integridade; Ação Comunicativa aplicada ao Direito; Programa de Incentivo à Inovação.

ABSTRACT

This article aims to harmonize the criteria for adoption of public policies in the area of innovation within the Institutions of Science and Technology of Brazil (ICT) to a post-positivistic interpretation of legal norms regarding the topic. From Ronald Dworkin's theory of Integrity and Habermas's theory of Communicative Action applied the law, the intent is to rebuild

Recebido em 22.02.2014

Aprovado em 26.04.2014

* Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003). Atualmente é Professor Associado 1 da Universidade Federal de Juiz de Fora e Professor do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação Estrito Senso em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da UFJF. Desempenha a função de Diretor da Faculdade de Direito da UFJF (2010-2014). É Bolsista de Produtividade PQ-2 do CNPq. Email: mvchein@gmail.com.

** Graduação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2013), é mestrando em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora, atuando principalmente nos seguintes temas: Argumentação Jurídica, Direito e Inovações Tecnológicas, Biopirataria, Conhecimento Tradicional, Direito de Patentes. Email: mcunhafilho@yahoo.com.br.

arguably the institutional framework of innovation in the country so that it serves as normative support for the adoption of public policies that aim to mitigate the effects of an unfair planning in the sector. For this, it is argued that the adoption of public policies by Institutions of Science and Technology should distance itself from a purely utilitarian conception of innovation, that is, a conception oriented exclusively by the quantitative balance of aspects such as time and cost. Takes place, from this new perspective, a case study on innovation policy of the Federal University of Juiz de Fora, namely the Innovation Incentive Program (IIP). In conclusion, it is assumed that the policy adopted by the University should be changed according to the proposed theoretical understanding. Although this study constitutes an acidic critique on methods of adoption of public policies in the area of innovation in Brazil, it was not able to restore, due to the early stage of the research, specific criteria to propose public policies by ICT. The originality of the work consists in the problematization of the unquestioned practice, however morally and legally deficient.

Keywords: Innovation policy; Institutions of Science and Technology; Integrity; Communicative Action applied to law; Innovation Incentive Program.

1 Introdução

A lei 10.973/04, conhecida como Lei da Inovação, tornou-se, desde a data da sua publicação, o principal marco regulatório da política de incentivo à inovação científica e tecnológica no Brasil. Além de traçar as diretrizes gerais da busca pelo aperfeiçoamento científico e tecnológico nos ambientes produtivo e social, a Lei da Inovação criou a obrigação de as Instituições de Ciência e Tecnologia (ICT) organizarem, internamente ou em associação com outras ICT, o Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT), cuja função precípua seria a de gerir e zelar pelas políticas internas de inovação dentro destes organismos².

Diante deste panorama, tem-se que a referida lei tratou de constituir, no âmbito das ICT, um ambiente propício à inovação desde o ponto em que se refere aos mecanismos de estímulo à inovação propriamente ditos, como a participação das ICT no processo de criação e transferência de tecnologia, até o ponto em que trata da criação de um órgão especializado para gerir a política de inovação dentro das Instituições.

Neste artigo, chama-se atenção especificamente para a importância da definição e delimitação da política de inovação tomada por essas Instituições e, ainda, como esta decisão vem a contribuir para o regime de inovação que atenda aos desígnios constitucionais postulados no capítulo da Ciência e Tecnologia e à consolidação da eficácia global da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais.

O que se propõe nesse trabalho se refere, em última análise, à proposição de uma concepção de inovação que possa ser apropriada pela administração das ICT e que possa ensejar consequências práticas para o processo de inovação nacional compatíveis com todo o ordenamento jurídico.

Desde já critica-se a apropriação de uma concepção meramente utilitária, isto é, que defina a inovação tão somente pelo seu potencial de geração de ativos econômicos. De acordo com esta visão, o poder inventivo que deve ser estimulado nas ICT nasce da necessidade de ser competitivo³. Em que pese a grande aceitabilidade da doutrina nacional e internacional referente a este posicionamento, é possível apontar inúmeras falhas inerentes a esse tipo de construção que, se persistentemente reproduzidas de maneira reducionista pela administração das ICT no Brasil, poderão gerar uma enorme deficiência moral e jurídica na atuação do Estado, como a baixa produção de conhecimento no âmbito das doenças negligenciadas, por exemplo.

2 BRASIL. Lei n° 10.973, de 02 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm>. Acesso em 25 maio 2012.

3 LOTUFO, R. A. A institucionalização dos Núcleos de Inovação Tecnológica e a experiência da Inova Unicamp. In: SANTOS, Marli Elizabeth Ritter dos; TOLEDO, Patricia Tavares Magalhães de; LOTUFO, Roberto de Alencar (Orgs.). Transferência de Tecnologia: Estratégias para a Estruturação e Gestão de Núcleos de Inovação Tecnológica. Campinas: Komedi, 2009.

Toma-se como exemplo nesse trabalho o caso do Programa de Incentivo à Inovação (PII) da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) como sendo elucidativo de uma política de inovação falha nesse sentido e que, em virtude disso, merece ser reformulada segundo a perspectiva teórica adotada por este artigo.

Em contraposição ao posicionamento tomado pela Secretaria de Desenvolvimento Tecnológico (Sedetec) da Universidade Federal de Juiz de Fora, pensa-se neste trabalho que, se o poder público se dispuser de maneira integral à solução de problemas competitivos típicos do setor privado brasileiro, tal como a política da UFJF incentiva, o Estado brasileiro perderá, por meio do viés ético-político da inovação, o poder de corrigir deficiências históricas geradas por um processo institucional simbolicamente injusto. Nesse momento, deve-se assinalar o papel da política pública justa e coerente como elemento mais eficaz para reparar esta falha estrutural. Esse argumento, como se verá adiante, não repousa exclusivamente sob uma análise de utilidade das políticas públicas, mas, sim, sob questões de princípio que, em última análise, constituem o próprio Direito.

A conclusão a que se pode chegar é que o Estado, representado aqui pela administração das ICT, deverá decidir o que deve ser incentivado por meio da prática legítima do Direito, isto é, de uma atitude coerente com princípios e não por influência de políticas econômicas conjunturais.

A preocupação com a legitimidade da política para um trabalho jurídico deriva da necessidade de se reafirmar um ideal político na práxis jurídica. Em virtude disso, a institucionalização de práticas e políticas estatais deve retomar um processo argumentativo ideal distinto que, em suma, justifique a construção de um aparato normativo e coercitivo legítimo. Esse ideal argumentativo refere-se, pois, à teoria do direito como Integridade de Ronald Dworkin aliada à teoria habermasiana da Ação Comunicativa aplicada ao Direito.

A partir da reconstrução argumentativa do conceito de inovação a ser aplicado no Brasil, sob as luzes do marco teórico, será possível verificar as falhas e as carências de uma política meramente utilitária, a exemplo da política de inovação da UFJF. Do ponto de vista metodológico, construiu-se um sistema analítico de conceitos, estruturados pela noção de integridade jurídica e ação comunicativa, a fim de se realizar uma análise consistentemente articulada de políticas de inovação formuladas pela SEDETEC da UFJF. A unidade de análise consiste no programa de inovação da UFJF, seus princípios e sua lógica de ação.

Para fins didáticos, divide-se a exposição das ideias em mais três seções, além desta introdução. Na seção dois, será exposta a perspectiva teórica do trabalho. Na seção três, será traçado, brevemente, o contexto histórico dentro do qual surge a agenda política das ICT no Brasil e, além disso, deverão ser explicitados o funcionamento, a lógica e os objetivos do Programa de Incentivo à Inovação (PII) da UFJF de forma que se compreenda o papel desempenhado por ele como política de inovação e suas possíveis falhas institucionais. Na seção quatro, pretende-se, à luz de todo trabalho desenvolvido anteriormente, analisar a incoerência do PII e, conseqüentemente, de uma política de inovação meramente instrumental, tendo em conta um projeto institucional político reconstruído em termos de moralidade.

2 Integridade e ação comunicativa aplicada ao direito

De acordo com Ronald Dworkin⁴, o ideal político da Integridade projeta-se de maneira ímpar tanto sobre o processo de produção legislativa quanto sobre o processo jurisdicional de interpretação e aplicação das leis. Da forma como faz no primeiro caso, a Integridade “[...] pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente.”⁵

A coerência na atividade legislativa e, portanto, a Integridade não diz respeito simplesmente ao ideal de tratar e regular casos semelhantes de forma parecida, como poderia parecer num primeiro

4 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

5 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 213.

momento. A coerência, a que Dworkin faz alusão, deriva da necessidade de se afirmar na legislação os princípios fundamentais, originados de um projeto institucional político. A formulação desses princípios é construída, segundo Dworkin⁶, levando-se em consideração todo o processo institucional passado e presente de uma comunidade. Isso requer, pois, uma atitude coerente com a formação e manifestação de valores cultivados nessa comunidade no decorrer de sua história institucional. Dessa rede de valores, articulada no seio dessa comunidade, nasce a afirmação de princípios, que só expressarão um sistema institucional coerente se, além de apresentá-lo de forma única, isto é, se forem fiéis ao seu projeto inicial, puderem também ser referenciados a todos os indivíduos participantes da construção desse arcabouço axiológico⁷. Nesse projeto de construção e elaboração de princípios de Direito a partir da moral institucional, nenhum projeto político é sacrificado em nome de uma moral pré-constituída.

Segundo Dworkin⁸, o reconhecimento de que princípios externos ao direito, porém internalizados, servem, ao lado de regras escritas, também como parâmetros para a melhor aplicação e criação do direito não é obra do acaso. Só se torna possível falar em princípios nos dias de hoje, pois não é mais plausível acreditar que toda estruturação política de um Estado se assente sobre a hipótese de um contrato imaginário assinado de forma inconsciente pelos concidadãos dessa mesma entidade. Associações que se compreendem dessa forma não têm boas razões para aceitar qualquer obrigação que não esteja prevista no contrato, muito menos para aceitar que um princípio, que destoe da vontade que induziu a formação do contrato no momento de sua celebração, possa fundamentar qualquer obrigação. Além disso, a assunção deste ideal não teria qualquer objeção a fazer para o caso de um governo que atuasse de modo instrumental, isto é, perquirindo interesses egoístas, uma vez que a formação do Estado seria compreendida nesse caso a partir da perspectiva individualista e egoísta que é o contrato.⁹

Somente sobre as bases de um novo paradigma, então, seria compreensível reconhecer a ilegitimidade de um governo que manipule as responsabilidades individuais de modo instrumental, mesmo quando uma regra se cala diante de determinada situação importante do ponto de vista público. Este novo paradigma deve reconhecer a existência de princípios, ao lado de regras, que orientam a criação e aplicação prática do Direito.

O paradigma procurado que possa fundamentar esse sistema de direitos que se pretende estar em conformidade com princípios que se reportam à estrutura de moralidade institucional é encontrado na própria teoria de Dworkin¹⁰. Segundo o autor, a pressuposição filosófica que possa dar cabo a esse projeto institucional diz respeito a uma forma de associação que se assemelha muito mais a uma comunidade fraterna, como a família ou os amigos, do que propriamente ao instrumento particular que é o contrato.

A partir dessa compreensão, pode-se dizer que as responsabilidades e obrigações de um Estado fundado na comunidade fraterna consistem mais em uma questão de interpretação das práticas exigidas pelo convívio social do que a expressão de vontades unilaterais simplesmente, como acontece em um contrato. De acordo com Dworkin,¹¹

[...] a maioria das pessoas pensa que tem obrigações associativas apenas por pertencer a grupos definidos pela prática social, o que não é necessariamente uma questão de escolha ou consentimento, mas que também pode perder essas obrigações se um dos membros do grupo não lhe estender os benefícios decorrentes do fato de pertencer ao grupo.

6 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

7 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

8 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

9 HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 156.

10 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

11 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 237.

As obrigações e responsabilidades que da comunidade se originam não demandam demasiado grau de especificidade para que possam ser reconhecidas como obrigatórias, nem precisam estar necessariamente explícitas em um documento formal. Elas nascem do próprio exercício da prática institucional e são, não raro, implícitas a ela. O raciocínio é análogo ao das responsabilidades da família, por exemplo. Nesse tipo de associação os membros não agem segundo códigos escritos, mas, sim, de acordo com o tipo de atitude que a instituição família exige, de acordo com sua história institucional, para que possa ser considerada como tal. Seus integrantes agem, portanto, de acordo com um princípio implícito aos regulamentos sociais que está no bojo da própria constituição desta comunidade, mas que não se confunde com regras.

Reafirmar uma obrigação baseada em princípios, a partir da qual outras decisões e todo o conjunto de regras, inclusive, possam encontrar fundamento, demanda, como já dito, uma atitude interpretativa, isto é, demanda que se questione sobre o tipo de responsabilidade que essa comunidade exige para que possa, à luz de sua autocompreensão constitutiva, tornar-se a melhor comunidade que se pode ter. Somente uma profunda compreensão da comunidade, da sua história institucional e, portanto, do exercício da prática institucional podem revelar a origem de princípios que alcancem o projeto institucional moralmente elaborado no interior dessa comunidade.

Somente essa forma de se compreender a comunidade é que tem o condão de excluir decisões incoerentes da prática jurídica. Afinal, é esse o ponto no qual se queria chegar: por que as comunidades que se compreendem dessa maneira afastam de sua legislação e de sua aplicação jurisdicional determinadas práticas que se mostram incoerentes com princípios originados do projeto institucional dessa comunidade?

As obrigações erigidas à qualidade de obrigações associativas transportam ao direito conteúdos morais que guardam potencial correspondência com o projeto institucional político anteriormente mencionado. Esse raciocínio é devido à pressuposição de que uma comunidade fraterna afasta a incoerência de princípio entre as decisões, ou melhor ainda, discriminações arbitrárias, uma vez que, agora, sobre qualquer decisão pública faz-se presente a exigência de cada membro ser tratado com igual consideração e respeito tal como acontece na comunidade imaginada. Somente sobre essas bases, quais sejam, as de uma associação fraterna, que, como visto, pressupõe a igualdade entre seus membros, é possível entender que os destinos de todos estão unidos de maneira coerente com um projeto político representado aqui pela moral institucional.

A atitude coerente com os princípios nascidos do exercício da prática institucional de uma comunidade fraterna funciona, dessa forma, como a ponte desejada entre o direito e a moralidade institucional acima mencionada.

Exclusivamente a partir da presunção de uma comunidade fraterna, torna-se possível reformular, no nível mais abstrato, a necessidade de se excluir do processo de produção legislativo qualquer tipo de decisão que discrimine fatos e pessoas sem que um princípio assim não estabeleça. Por essa mesma razão, deseja-se imprimir nesse sistema político, a partir da pressuposição da comunidade fraterna, o ideal da Integridade, isto é, a força legitimadora que a coerência de princípio pode trazer para o exercício do direito, inclusive no âmbito legislativo.

A resposta que se deu até aqui em defesa da Integridade apela, como pode ser visto, ao argumento moral. As decisões baseadas em princípios, ainda que com o objetivo de realizar certos fins, fazem o direito da comunidade melhor porque evitam decisões discriminatórias e, com isso, transportam à linguagem que representa o direito conteúdos morais originados da auto-compreensão constitutiva dessa comunidade, fundada em termos de igualdade. A moral passa a ser, portanto, a medida de correção do Direito.

No entanto, entender o que significa legislar e aplicar o Direito de forma coerente, isto é, decidir o que a comunidade demanda para que possa agir coerentemente com um projeto institucional moral deve ser fruto muito mais de um esforço teórico-prático empreendido por todos os membros da comunidade, por meio de processos de fala orientados ao entendimento recíproco, do que propriamente um esforço

individual de descoberta do que a “entidade” exige para manter a coerência de princípio. Nesse momento, busca-se uma aproximação com o referencial teórico de Habermas.¹²

Segundo este autor, toda a rede de valores que se pretende transportar à linguagem jurídica ganha legitimidade se o projeto político de cada indivíduo, potencialmente formador do domínio público de valores, puder ser expresso no ambiente público por meio de atos de fala orientados ao entendimento. Em outras palavras, é por meio do discurso, da fluidez da comunicação que Habermas pretende dotar o argumento moral individual de força motivadora para a formação da opinião pública e, conseqüentemente, do espaço público.

O uso da linguagem, para Habermas¹³, não vem desconectado das condições pragmáticas do discurso. Muito pelo contrário, o autor reconhece que a pretensão de validade sugerida por um interlocutor para determinado significado acaba recorrendo às condições da prática da argumentação como pretensões de validade estabelecidas no aqui e no agora e endereçadas a um reconhecimento ou aceitação intersubjetivos¹⁴. A prática comunicativa passa, agora, a internalizar o conflito entre facticidade e validade, pois não é mais possível, como o próprio Habermas¹⁵ diz, creditar a formação do espaço público, especificamente do Direito, exclusivamente sobre as bases do consenso sacro, que é insensível à crítica devido a um endurecimento da tradição, nem tampouco por meio da aceitação de um pano de fundo moral (mundo da vida) que é avesso à problematização de seus conceitos. Ao reconhecer o Direito como mecanismo de integração social, Habermas¹⁶ estabelece que a coordenação da ação por esse mecanismo só se torna legítima se a própria prática do Direito internalizar o choque entre validade e facticidade, isto é, se as pretensões de validade, possibilitadas pelo uso da linguagem, estiverem submetidas ao reconhecimento e aceitação intersubjetivos.

A mudança no paradigma estabelecida por Habermas à atribuição de validade a determinados enunciados normativos acaba distanciando o autor de uma teoria individualista que enxerga no sujeito isolado a condição necessária para se construir uma teoria consistente da prática social.

Por meio da perspectiva habermasiana, é possível conferir maior grau de legitimidade à proposta da Integridade de Dworkin, pois em vão restaria o projeto institucional baseado na coerência de princípio se a própria coerência fosse dura e cega aos projetos políticos existenciais de minorias que sequer participam da formação da autonomia pública e, conseqüentemente, da decisão sobre o que deve ser coerentemente aplicado. Por meio do viés comunicativo, Habermas entende a reconstrução do espaço público baseada na intersubjetividade, isto é, no processo de significação das coisas a partir da relação comunicativa entre indivíduos. Busca-se, assim, a coerência de princípio não somente nos argumentos e razões orientados a si próprios, mas, sim, a partir de um consenso nascido da relação com o outro.

O projeto institucional pretendido pela Integridade compromete-se quando o princípio que manifesta não puder ser potencialmente reconstruído intersubjetivamente pelos membros dessa comunidade, ou ainda melhor, quando o princípio, que almeja atingir todos de maneira uniforme e coerente, não contar com o assentimento potencial de cada membro individualmente considerado.

De acordo com esse viés político, entende-se que a Integridade é preservada, tanto no momento legislativo quanto no jurisdicional, somente se ela se mantiver aberta ao discurso e ao inerente choque entre facticidade e validade. De outra maneira, a Integridade seria responsável por imprimir nas decisões públicas uma coerente constelação de interesses que se referem a determinadas esferas específicas da sociedade que possuem a força puramente fática de imporem suas prerrogativas.

Tomado o conjunto de ideias acima exposto, pretende-se proceder à avaliação de uma concepção de inovação meramente utilitária, representada neste trabalho pelo Programa de Incentivo à Inovação, para

12 HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

13 HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

14 HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 77.

15 HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

16 HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

se compreender as deficiências que uma decisão administrativa tomada nesses moldes possui. Para tanto, será necessário se debruçar sobre a estrutura do Programa e, a partir de então, será preciso lançar sobre a compreensão dessa política as questões anteriormente expostas, como, por exemplo, o PII satisfaz às exigências legais da forma como um Estado inserido dentro da prática argumentativa da Integridade e da Ação Comunicativa realiza suas ações políticas?

3 A busca pelo desenvolvimento tecnológico e sua repercussão na ICT federal de juiz de fora

de acordo com Etzkowitz¹⁷, o passado das duas últimas décadas da história da ciência e do conhecimento sofreu profundas mudanças pelo que o autor chama de “segunda revolução” vivida pelas universidades.

A “primeira revolução”, segundo o autor, fez da pesquisa científica, em associação com o ensino, um dos pilares institucionais da academia¹⁸. A “segunda revolução”, por sua vez, incorporou a ideia de desenvolvimento social e econômico aos dois anteriores objetivos institucionais da universidade. Apesar de os conceitos desenvolvimento social e econômico serem bastante vagos, seus usos significaram uma estratégia de ação bastante definida na prática da pesquisa acadêmica nos Estados Unidos. Este caminho pelo qual a universidade veio sendo conduzida ao longo dos anos pode ser melhor compreendido a partir da análise das relações entre universidade e empresa, pesquisa e empreendedorismo.

Tradicionalmente, ao longo do período de legado da “primeira revolução” acadêmica, a relação entre universidades, americanas, principalmente com a indústria, era bastante tênue, quase inexistente. Nesse contexto, o vínculo existente entre ambas se limitava quase somente ao fato de a segunda absorver capital humano (futuros empregados) que a primeira produzia¹⁹. Raramente, quando fosse possível identificar alguma outra forma de aproximação entre as entidades, esta se dava por meio de alguma prestação de serviços ou ajuda técnica, frequentemente de maneira informal, por parte dos acadêmicos para e na empresa. O processo de inovação no setor produtivo era, portanto, internalizado pelas empresas e, na maior parte das vezes, estas não recebiam qualquer influência da academia.²⁰

Em contraposição ao modelo clássico de universidade/empresa, começa a surgir lentamente nos EUA, ainda de acordo com Etzkowitz²¹, indícios claros de uma maior aproximação entre as duas esferas, o que acaba por alterar significativamente não só os objetivos institucionais de cada entidade, mas também a própria maneira de se enxergar a ciência e a produção de conhecimento.

Como pano de fundo destas transformações, pode-se apontar o crescente financiamento, por parte do setor empresarial, de determinadas pesquisas acadêmicas da universidade em troca da utilização em comum de laboratórios e de acompanhamento conjunto dos projetos desenvolvidos. Segundo Etzkowitz²², essa prática nasce devido à expansão da pesquisa científica nos EUA, sem que o correspondente montante de custeio estatal para o setor fosse aumentado, fator que levou inevitavelmente à diversificação das fontes de recursos para a pesquisa nas universidades. Além disso, o nascimento da biotecnologia, a evolução das

17 ETZKOWITZ, H. The norms of entrepreneurial science: cognitive effects of the new university–industry linkages. *Research Policy*, v. 27, p. 823-833, 1998.

18 ETZKOWITZ, H. The norms of entrepreneurial science: cognitive effects of the new university–industry linkages. *Research Policy*, v. 27, p. 823-833, 1998.

19 ETZKOWITZ, H. The norms of entrepreneurial science: cognitive effects of the new university–industry linkages. *Research Policy*, v. 27, p. 823-833, 1998, p. 825.

20 ETZKOWITZ, H. The norms of entrepreneurial science: cognitive effects of the new university–industry linkages. *Research Policy*, v. 27, p. 823-833, 1998, p. 825.

21 ETZKOWITZ, H. The norms of entrepreneurial science: cognitive effects of the new university–industry linkages. *Research Policy*, v. 27, p. 823-833, 1998.

22 ETZKOWITZ, H. The norms of entrepreneurial science: cognitive effects of the new university–industry linkages. *Research Policy*, v. 27, p. 823-833, 1998.

pesquisas com biologia molecular, polímeros e outros fez com que os acadêmicos despertassem para a consciência do potencial de lucro financeiro das suas pesquisas.²³

A universidade, agora ciente do potencial impacto da geração do conhecimento no mercado, passa, portanto, a substituir o modelo tradicional de transferência de tecnologia, baseado na consultoria e transferência informal, para um modelo segundo o qual a transferência não só se intensifica por meio dessas atividades como também se dá de maneira sistemática, formal e, não raro, por iniciativas dos próprios acadêmicos.²⁴

Da perspectiva das empresas, por outro lado, pode-se dizer que essas passaram a buscar mais frequentemente fontes externas de P&D, como na universidade, e, não raro, começaram a nascer empresas cujas metas institucionais se orientavam exclusivamente a partir das inovações geradas na academia.²⁵

A dinâmica dessa nova relação assenta-se sob dois pilares, segundo Etzkowitz²⁶. O primeiro diz respeito à colaboração da universidade com o processo de desenvolvimento econômico nacional, derivado do processo de inovação nas universidades e do aproveitamento econômico de suas pesquisas. Segundo Mowery e Sampat²⁷, as universidades contribuem para o aumento da eficiência nos gastos em P&D no processo produtivo e desenvolvem equipamentos e instrumentação, geralmente utilizados pelas empresas como pressupostos para elaboração de produtos e pesquisas. Além disso, as universidades estabelecem redes de capacidades científicas e tecnológicas, que colaboram para difusão do conhecimento e também desenvolvem protótipos de novos produtos e processos.

O segundo pilar, sob o qual a relação universidade/empresa descansa, centra-se, por outro lado, na influência exercida pela empresa sobre a reestruturação institucional da universidade, fazendo com que esta passe a estar mais sensível aos objetivos institucionais do setor produtivo.²⁸

Para Etzkowitz²⁹, a atuação do estado é fundamental para que este processo anteriormente descrito se potencialize. Seja na atribuição de direitos de propriedade intelectual, seja na explicitação clara de políticas de estímulos ou, até mesmo, por meio da normalização precisa dos métodos de transferência de tecnologia, o Estado pode, segundo Etzkowitz³⁰, influenciar diretamente no resultado da aproximação entre universidades e empresas e, conseqüentemente, no processo de inovação.

O modelo que concatena as três esferas acima mencionadas já pode ser, segundo o autor, constatado como um fenômeno empírico nos EUA, mas é ainda um fenômeno normativo na América Latina³¹.

Muito embora se fale em uma rota a ser ainda percorrida por países em desenvolvimento, é evidente que esse debate já alcançou países da América do Sul, como o Brasil. Alinhando suas políticas públicas com o

23 ETZKOWITZ, H. The norms of entrepreneurial science: cognitive effects of the new university–industry linkages. *Research Policy*, v. 27, p. 823-833, 1998, p. 826.

24 ETZKOWITZ, H. The norms of entrepreneurial science: cognitive effects of the new university–industry linkages. *Research Policy*, v. 27, p. 823-833, 1998, p. 825.

25 ETZKOWITZ, H. The norms of entrepreneurial science: cognitive effects of the new university–industry linkages. *Research Policy*, v. 27, p. 823-833, 1998, p. 825.

26 ETZKOWITZ, H. The norms of entrepreneurial science: cognitive effects of the new university–industry linkages. *Research Policy*, v. 27, p. 823-833, 1998.

27 MOWERY, D. C., SAMPAT, B. N. Universities in national innovation systems. In: FAGERBERG, J., MOWERY, D. C., NELSON, R. R. (Orgs.), *The Oxford Handbook of Innovation*, New York: Oxford University Press, 2005.

28 ETZKOWITZ, H. The norms of entrepreneurial science: cognitive effects of the new university–industry linkages. *Research Policy*, v. 27, p. 823-833, 1998, p. 826.

29 ETZKOWITZ, H. *The Triple Helix of University-Industry-Government Implications for Policy and Evaluation*. Science Policy Institute Working Paper, 2002-2011.

30 ETZKOWITZ, H. *The Triple Helix of University-Industry-Government Implications for Policy and Evaluation*. Science Policy Institute Working Paper, 2002-2011.

31 ETZKOWITZ, H. *The Triple Helix of University-Industry-Government Implications for Policy and Evaluation*. Science Policy Institute Working Paper, 2002-2011.

discurso internacional de estímulo à inovação, o Brasil reconheceu o potencial das ICT, entre o qual se situa a universidade, em contribuir também nesses moldes para o desenvolvimento econômico e social.

Essas evidências começam a se tornar visíveis quando da promulgação da Lei de Patentes, por exemplo, que, ao disciplinar a possibilidade de exclusividade de mercado para os detentores de direitos de propriedade intelectual, dá um passo importante para a valorização econômica do conhecimento gerado nas ICT. Mais claro ainda se torna esse discurso em 2004 quando a presidência da república sancionou a lei 10.973, a denominada Lei da Inovação, que, em diversos dispositivos, concretiza formalmente a nova interação entre ICT e empresa, pesquisa e empreendedorismo.

Outro exemplo da influência desse debate no Brasil afetou a própria Universidade Federal de Juiz de Fora quando da implantação de suas políticas internas de estímulo ao aprimoramento científico e tecnológico. O Programa de Incentivo à Inovação (PII), exemplo de um dos esforços institucionais nessa direção, corporifica, grosso modo, a linha teórica de aproximação entre universidades e setor produtivo. Unidade de análise dessa pesquisa, o PII se estrutura de modo convencional a partir de demandas mercadológicas e não incorpora uma proposta de mudança qualitativa nas estruturas de ensino-pesquisa e de ação social. A metodologia de análise envolve um processo de diagnose com relação ao programa para, posteriormente, avaliar e criticar as falhas institucionais derivadas de um programa pouco articulado com o conceito mais analítico de inovação.

Por meio da formulação da política mencionada, a Universidade Federal de Juiz de Fora, em parceria com o SEBRAE e com a Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior de Minas Gerais (SECTES-MG), pretende concretizar um projeto institucional político de viés técnico-desenvolvimentista. No entanto, em que pese sua adequação legal, ver-se-á mais adiante que a política interna da UFJF tomou um rumo bastante crítico do ponto de vista de uma teoria do Direito orientada por critérios de moralidade institucional.

O PII, na sua vertente mais específica, consiste numa política de estímulo ao empreendedorismo latente das Instituições de Ciência e Tecnologia (ICT) que dele participam. Nesse caso, o programa tem como principal objetivo fortalecer o processo de pré-incubação de empresas para que estas possam, porventura, dar ensejo à criação de novas Empresas de Base Tecnológica. Espera-se que a incubação de empresas possa atrair investidores de capital semente e criar um banco de oportunidades tecnológicas, além de insumo tecnológico para o Parque Tecnológico de Juiz de Fora e Região³². Em sentido mais amplo, por sua vez, o Programa de Incentivo à Inovação almeja contribuir para o desenvolvimento socioeconômico de Juiz de Fora e região por meio da transferência de tecnologia, seja esta realizada por meio da criação de Empresas de Base Tecnológica, como já foi mencionado, ou tão somente por meio de contratos de transferência de tecnologia realizados com empresas da região.³³

Tanto em sua vertente mais específica quanto em sua vertente mais ampla, o Programa de Incentivo à Inovação parte do pressuposto da necessidade de aceleração da interação entre pesquisa e empreendedorismo, universidade e empresa, como sendo esta ferramenta o instrumento necessário para se promover os dois grandes objetivos institucionais atribuídos à universidade nos últimos tempos, quais sejam, desenvolvimento social e econômico.

Para se cumprirem as metas estabelecidas, num contexto de escassez de tempo e recurso, baseou-se a lógica interna do programa num sistema de seleção de tecnologias que mais se adequariam aos fins pretendidos. Por meio de suporte financeiro e gerencial às tecnologias escolhidas, o programa pretende

32 UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA. Secretaria de Desenvolvimento Tecnológico Edital nº 05, de 06 de agosto de 2009. Disponível em <<http://www.ufjf.br/critt/files/2009/08/edital-para-projetos-pii-2009.pdf>>. Acesso em 25 maio de 2012.

33 UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA. Secretaria de Desenvolvimento Tecnológico Edital nº 05, de 06 de agosto de 2009. Disponível em <<http://www.ufjf.br/critt/files/2009/08/edital-para-projetos-pii-2009.pdf>>. Acesso em 25 maio de 2012.

fazer com que estas caminhem do estágio inicial em que se encontram até o mercado final de consumo, passando necessariamente por estudos de viabilidade técnica e comercial.³⁴

Para tanto, destina-se o suporte financeiro à compra de insumos, de equipamentos e à contratação de recursos humanos para análise tecnológica do projeto, isto é, para a visualização do caminho a ser percorrido entre a ideia e o mercado³⁵. O suporte gerencial, por sua vez, é destinado à elaboração de estudos de viabilidade técnica, econômica, comercial e de impactos ambiental e social do projeto (EVTECIAS), assim como à elaboração dos Planos Tecnológico e de Negócios.

Todas essas ferramentas, utilizadas para se atenuarem as incertezas técnicas e mercadológicas que envolvem a tecnologia³⁶, denotam claramente a consonância dessa política com a orientação teórica acerca do papel das Instituições de Ciência e Tecnologia no processo de inovação e transferência de tecnologia. A concretização do Programa de Incentivo à Inovação ilustra em grau bastante sofisticado a concatenação das esferas Estado, empresa e universidade na tentativa de estimular o poder inventivo em uma ICT e sua contribuição para o setor produtivo. O Estado, num primeiro momento, por meio do incentivo financeiro e gerencial, estimula o pesquisador no estágio inicial da pesquisa a direcionar o objeto de estudo para a resolução de problema rentável do ponto de vista econômico. Nesse momento, a integração entre a universidade e o setor produtivo torna-se patente, visto que a inovação esperada passa a ser de interesse não meramente acadêmico, mas do setor produtivo e dos consumidores de um modo geral. Seja por meio da incubação de empresas, realizada pelos próprios acadêmicos, ou por meio da cessão de direitos de uso, o objetivo é o de inserir tecnologia nova no mercado e, como consequência, fazer com que o investimento inicial da pesquisa retorne para a fonte.

A cristalização dessa ideologia no PII pode ser ainda mais bem observada quando se leva em conta o processo de seleção das tecnologias. Este se baseia num esquema de pesos e medidas como pode ser visto na tabela seguinte. Os critérios são aplicados tanto na primeira quanto na segunda fase do processo seletivo.

ITEM	PESO
1) Projeto/Produto (ineditismo, viabilidade técnica do projeto)	4
2) Potencial de inovação (patente, registro de software, geração de protótipos)	2
3) Negócio (mercado, setor, investimento, gestão, estratégia e P&D)	3
4) Mercado (potencial de vendas, nicho de mercado, concorrência, marketing)	4
5) Viabilidade Financeira (aporte de recursos, necessidade de financiamentos)	3
6) Perfil dos Empreendedores	1
7) Apresentação Geral (apresentação escrita e oral do EVTECIAS, e seus anexos)	2
(SOMENTE PARA 2a FASE)	
8) Interação do projeto com áreas de conhecimento da UFJF	2

Fonte: UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA, 2009³⁷

34 GONÇALVES, E.; SCHIAVON, L. Interação universidade-empresa: o caso da Universidade Federal de Juiz de Fora – Minas Gerais. In: Anais do XIV Seminário de Economia Mineira. Diamantina: UFMG/Cedeplar, 2010.

35 GONÇALVES, E.; SCHIAVON, L. Interação universidade-empresa: o caso da Universidade Federal de Juiz de Fora – Minas Gerais. In: Anais do XIV Seminário de Economia Mineira. Diamantina: UFMG/Cedeplar, 2010.

36 GONÇALVES, E.; SCHIAVON, L. Interação universidade-empresa: o caso da Universidade Federal de Juiz de Fora – Minas Gerais. In: Anais do XIV Seminário de Economia Mineira. Diamantina: UFMG/Cedeplar, 2010.

37 UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA. Secretaria de Desenvolvimento Tecnológico Edital nº 05, de 06 de agosto de 2009. Disponível em <<http://www.ufjf.br/critt/files/2009/08/edital-para-projetos-pii-2009.pdf>>. Acesso em 25 maio de 2012.

Como pode ser observado, todos os critérios, em maior ou menor medida, remontam à possibilidade de se introduzir o produto no mercado, confirmando as expectativas acima expostas. Chama-se atenção, nesse sentido, para os critérios com maior peso, quais sejam, Produto/Projeto e Mercado, que contam com peso 4. Não se deve ignorar também a relevância de critérios como Negócio, definido pelas variáveis mercado, setor, investimento, gestão e outros.

Para se sustentar a configuração da política de incentivo à inovação da UFJF, tal como ela se desdobra, somam-se argumentos, além dos já mencionados, que pretendem justificá-la do ponto de vista institucional. Para além da retórica já mencionada de aproximação das universidades ao setor produtivo, existem aqueles argumentos que seguem uma linha mais tendenciosa, o que acaba por delinear um conceito de inovação bastante distorcido na prática. Esta parece ter sido a linha de raciocínio seguida pelo Programa de Incentivo à Inovação quando se analisa mais detidamente os critérios de seleção de tecnologias.

Para alguns teóricos que focam seus estudos na área de Ciência, Tecnologia e Inovação, a aproximação entre universidades e setor produtivo é mais do que desejável. Esta relação torna-se um dever do Estado que pretende sair do atraso e alcançar melhores índices na taxa de emprego e crescimento econômico. Segundo Roberto Lotufo³⁸, a intensificação das relações entre universidades e setor produtivo é importante, juntamente com a conjugação de outros fatores, para que se crie um ambiente inovador que demande constante transformação e adequação de novas tecnologias de forma que estas possam, por fim, chegar ao mercado globalizado garantindo maior competitividade às empresas.

Lotufo³⁹ enxerga o poder de inovação como um importante fator para se garantir a competitividade e rentabilidade diferenciada às empresas. Como, no Brasil, o poder criativo encontra-se predominantemente nas universidades, nada mais natural, para o autor, que criar um ambiente institucional propício ao direcionamento da pesquisa acadêmica para o setor produtivo.

É exatamente essa a funcionalidade que se pretendeu dar ao Programa de Incentivo à Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora quando se observa que este fomenta um critério de inovação delimitado por variáveis de mercado e que interferem sobremaneira no tipo de inovação produzida pela universidade. O conceito de inovação estipulado pelos idealizadores do programa não parece ser outro senão aquele que se adapte à necessidade de incremento de competitividade e possibilidade de absorção das tecnologias pelo mercado. Daí a necessidade de selecionar tecnologias que passem pelo crivo de um estudo acurado de viabilidade técnica e comercial.

Além da disposição de pesos e medida segundo critérios basicamente mercadológicos, é preciso recorrer à própria definição de inovação constante do edital para se verificar o tipo seletivo de tecnologias que a política da UFJF deseja estimular. Segundo consta no Edital número 5 da Sedetec⁴⁰,

considera-se que uma inovação tecnológica de produto/processo tenha sido implementada se tiver sido introduzida no mercado (inovação de produto), ou utilizada no processo de produção (inovação de

38 LOTUFO, R. A. A institucionalização dos Núcleos de Inovação Tecnológica e a experiência da Inova Unicamp. In: SANTOS, Marli Elizabeth Ritter dos; TOLEDO, Patricia Tavares Magalhães de; LOTUFO, Roberto de Alencar (Orgs.). Transferência de Tecnologia: Estratégias para a Estruturação e Gestão de Núcleos de Inovação Tecnológica. Campinas: Komedi, 2009.

39 LOTUFO, R. A. A institucionalização dos Núcleos de Inovação Tecnológica e a experiência da Inova Unicamp. In: SANTOS, Marli Elizabeth Ritter dos; TOLEDO, Patricia Tavares Magalhães de; LOTUFO, Roberto de Alencar (Orgs.). Transferência de Tecnologia: Estratégias para a Estruturação e Gestão de Núcleos de Inovação Tecnológica. Campinas: Komedi, 2009.

40 UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA. Secretaria de Desenvolvimento Tecnológico Edital nº 05, de 06 de agosto de 2009. Disponível em <<http://www.ufjf.br/critt/files/2009/08/edital-para-projetos-pii-2009.pdf>>. Acesso em 25 maio de 2012.

processo). Levando-se em conta as variáveis: qualidade, custo e tempo. Considera-se inovação quando conseguimos obter maior ganho em uma dessas variáveis sem acarretar perda nas demais.

Vale ressaltar a coerência entre critérios que selecionam uma tecnologia por motivos comerciais como, por exemplo, potencial de vendas, nicho de mercado, setor de investimento com um conceito de inovação sustentado pelo balanço de variáveis como custo, tempo e qualidade. Com essa definição, o PII, do ponto de vista analítico, solapou qualquer interpretação mais abrangente que possivelmente reconheça uma inovação pelo seu caráter ético-social. Essa concepção é extraída literalmente do artigo 2, inciso IV, da lei 10.973/04, que conceitua inovação como “a introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços.”⁴¹

Dá-se especial ênfase nesse momento à conjunção “ou” inserida no texto do artigo que exprime a separação nítida entre setores produtivo e social, evidenciando, assim, que a inovação, em sua acepção mais geral, não comporta somente a novidade ou o aperfeiçoamento destinados ao setor de mercado. Decerto, o termo social não deve fazer alusão simplesmente à possível transformação social originada da transformação econômica em primeiro plano. A inovação social é o foco primeiro do Constituinte brasileiro, que coloca as outras formas de inovação a serviço daquela. Verifica-se, assim, um requisito teórico-metodológico o qual serve de substrato de análise para se avaliar a falha estrutural do PII em relação ao processo de desenvolvimento de práticas sociais mais efetivas no contexto do mercado interno brasileiro. Para essa constatação toma-se como referência o artigo 219 da Constituição Federal:

o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos da lei federal.⁴²

Em contrapartida, pode-se dizer que a política de Incentivo à Inovação da UFJF parece ceder a um discurso tendencioso e mal direcionado de incentivo à inovação no ambiente acadêmico que não acompanha a interpretação coerente dos dispositivos legais e constitucionais, dadas as interferências metodológicas necessárias.

A seguir, ver-se-á como e porque os objetivos da política de inovação adotada pela Universidade Federal de Juiz de Fora parecem desviar-se de uma interpretação mais abrangente dos textos constitucional e legal. Para tanto, deverá ser exposta, ainda que de forma indireta, uma construção teórica consistente da lei de inovação, em especial no que diz respeito ao conceito de inovação, e da visão constitucional a respeito da Ciência e Tecnologia no Brasil.

4 Por que o direito não concorda com uma política inovação utilitária? A deficiência da política da UFJF

De acordo com a teoria do direito como integridade, a coerência legislativa demanda que a decisão administrativa seja adequada aos textos legislativos e coerente com o marco institucional. Muito embora não seja correto dizer que a administração pública está adstrita à adoção de uma política específica, é coerente dizer que ela deve se esforçar ao máximo possível para cristalizar o projeto político proposto pelos representantes do povo. Nesse viés, a coerência na atividade legislativa, ainda que no âmbito discricionário da Administração Pública, serve de substrato de referência para a análise da prática administrativa.

41 BRASIL. Lei n° 10.973, de 02 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm>. Acesso em 25 maio 2012.

42 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Organização do texto: Marcos Antônio Oliveira Fernandes. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007. 390 p. (Coleção de leis Rideel. Série compacta).

Para verificar essa adequação, faz-se, contudo, uma ressalva. A prática do Direito, como diz o próprio Dworkin⁴³, não nasce num marco institucional zero. É preciso entender que o momento da tomada de decisões políticas é influenciado diretamente pelo contexto econômico, social e histórico dentro do qual ela nasce. A afirmação de um princípio, derivado de um projeto institucional político nos termos estabelecidos, só será, dessa forma, bem-sucedida se esse momento presente puder dialogar com o passado institucional da comunidade.

Nesse sentido, a exemplo da política de inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora, pode ser relacionada a coerência do PII com um discurso há muito iniciado nos EUA que contaminou de certa maneira as instituições de pesquisa no Brasil. Foi explicado que a aproximação entre universidades e setor produtivo não acontece por acaso. Fruto da percepção de que as universidades poderiam desempenhar um papel bastante relevante nos sistemas de inovação nacional, o poder político fez a opção de integrar pesquisa acadêmica e o empreendedorismo de modo a colaborar com um projeto de desenvolvimento econômico e social estabelecido.

A reconstrução ético-jurídica da política de inovação não poderia deixar de considerar a influência desse argumento no que diz respeito à sua aplicação prática. Sendo assim, não se condena aqui a opção legislativa e seus desdobramentos na administração pública no que toca à mudança de paradigma com relação à tradicional relação entre ICT, de um modo geral, e setor produtivo. O que se recomenda é que o uso que se faça desta relação seja compatível com as práticas estabelecidas numa comunidade fundada em princípios constitucionais os quais representam valores morais essenciais para a construção de espaço público de participação política.

O conceito de inovação, baseado na capacidade de produção e geração de capital decorrente da introdução de produto ou processo novo no mercado, não pode oferecer uma justificativa compatível para com as bases abordadas, tampouco com uma interpretação da lei de inovação a partir do referencial teórico utilizado. A inovação, tal como tem sido definida por Mañas⁴⁴, por exemplo, como sendo fruto da necessidade de ser competitivo ou, até mesmo, como foi entendida pela política de inovação da UFJF, viola os pressupostos de uma interpretação legal fundada na comunidade fraterna acima descrita.

O primeiro passo para se chegar a essa conclusão consiste na percepção de que, num país como o Brasil, assolado por problemas sociais graves, tratar-se do tema inovação encerra em si uma questão de princípio e não meramente uma questão de política.

Segundo Maria Lucia Maciel⁴⁵, a produção de conhecimento pode representar um elemento estratégico, não apenas para a acumulação econômica, definida por meio dos conceitos de “produtividade” e “competitividade”, mas pode representar, sobretudo, um elemento estratégico para o funcionamento do próprio Estado e da sociedade. Conforme a mesma autora, na medida em que o poder de inovar é definido pelas condições sociais do ambiente institucional e cultural, a capacidade de inovação não diz respeito somente à introdução de tecnologia nova no mercado. O poder de inovar é também social, político e econômico porque é inovação dos próprios fatores sociais, da cultura, da organização da sociedade civil. Nesse sentido, pensar a inovação em qualquer contexto político e social é pensar a própria identidade política dessa comunidade.

43 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

44 *apud* LOTUFO, R. A. A institucionalização dos Núcleos de Inovação Tecnológica e a experiência da Inova Unicamp. In: SANTOS, Marli Elizabeth Ritter dos; TOLEDO, Patricia Tavares Magalhães de; LOTUFO, Roberto de Alencar (Orgs.). Transferência de Tecnologia: Estratégias para a Estruturação e Gestão de Núcleos de Inovação Tecnológica. Campinas: Komedi, 2009.

45 MACIEL, Maria Lucia. Ciência, tecnologia e inovação: ideias sobre o papel das ciências sociais no desenvolvimento. In: CENTRO DE GESTÃO E ASSUNTOS ESTRATÉGICOS. Parcerias Estratégicas. Brasília: Centro de Gestão e Assuntos Estratégicos: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2005.

A identidade política da comunidade sobre a qual se quer reconstruir as práticas e instituições sociais deve ser entendida a partir de um viés emancipador e deve distinguir, sobretudo, o tipo de comunidade que se quer ter. Essa indagação obviamente não reflete a ideologia de uma comunidade totalitária, tampouco representa uma opção por um ponto de vista predeterminado da cultura ocidental. Neste ponto, cuida-se de criar um sistema de valores aplicável ao direito no qual não existam predominâncias valorativas ou relações de dominação cultural, sexual, racial, econômica etc.

Daí a tentativa de se enxergar o direito à inovação nas ICT como reflexos de uma política pública inclusiva, isto é, que se deixe orientar por pressupostos políticos da teoria do Direito como Integridade e Ação Comunicativa aplicada ao Direito. Em outros termos, diz-se que a política de incentivo à inovação no âmbito das Instituições de Ciência e Tecnologia deve valorizar seu objeto não somente com base na capacidade desse de se integrar ao mercado ou a qualquer outro sistema social específico, mas, sim, à sua capacidade de reconstruir a aplicação do Direito com base numa fundamentação que se pautar no valor do igual respeito e consideração por todos os membros da comunidade.

Pode-se, com isso, desconstruir argumentativamente o papel da política de inovação da UFJF em relação àquilo que ela representa para a instituição. O Programa de Incentivo à Inovação trabalha, como foi visto, com uma definição de inovação equivocada. O estímulo à inovação que o PII representa gira em torno das variáveis mercado, venda, viabilidade técnica e tecnológica de uma tecnologia.

Uma política desse viés não encontra respaldo num projeto institucional intersubjetivamente construído porque, a princípio, deixa-se orientar exclusivamente por imperativos econômicos que possuem tão somente a força fática de imporem seus interesses. Não se levanta a hipótese, nos termos do edital, de se incluir formas de incentivo àquelas tecnologias que não podem alcançar o mercado, a despeito de poderem ser potencialmente relevantes do ponto de vista ético-social e, portanto, relevantes do ponto de vista de um projeto institucional político intersubjetivamente elaborado. Não se levanta tampouco a possibilidade de se questionar as disposições culturais de uma política de inovação que se reporta a uns poucos que têm a condição de participar do mercado. Nesse sentido, o questionamento a seguir é bastante relevante: inovação para quem? A resposta, com certeza, não inclui determinadas formas de inovação que se reportam a uma comunidade de princípios na qual não existam predominâncias valorativas, tal como se constata do artigo 2, inciso IV, da Lei da Inovação.

O PII falhou nesse requisito ao se deixar levar por uma política ditada exclusivamente por fatores econômicos. Nesse ponto, o programa não cuidou de trazer para a práxis jurídica a argumentação relativa a aspectos sociais que carecem de mudança e renovação. Seria o caso de problemas nacionais graves que aguardam solução, a despeito de não terem relevância econômica. O problema referido é igualmente um problema da sociedade, na medida em que a participação de todos é relevante do ponto de vista da comunidade de princípios.

Assim, pensa-se, neste trabalho, ser necessário incluir, na definição de inovação, formas sociais, humanas, linguísticas e, inclusive, técnicas de mudanças que representem também aspectos relevantes para a comunidade fraterna. A inovação não pode ser, nos dizeres de Maria Lucia Maciel⁴⁶, somente a inovação de produtos ou processos tecnológicos que podem ser apontados exclusivamente como instrumentos de aprimoramento do capitalismo e manutenção do consenso.

Pensa-se, como conclusão desse artigo, que somente uma política mais abrangente, isto é, que não se deixe guiar por instrumentos puramente mercadológicos, tal como o PII o fez, tem o condão de incluir neste projeto político a dimensão esquecida do outro e, conseqüentemente, a melhor interpretação dos diplomas normativos nacionais. A Integridade não pode ser cega aos projetos existenciais de minorias que não se vêm representadas no debate institucional. Uma política justa, em contrapartida, deve considerar

46 MACIEL, Maria Lucia. Ciência, tecnologia e inovação: ideias sobre o papel das ciências sociais no desenvolvimento. In: CENTRO DE GESTÃO E ASSUNTOS ESTRATÉGICOS. Parcerias Estratégicas. Brasília: Centro de Gestão e Assuntos Estratégicos: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2005.

a possibilidade de contar com o assentimento potencial de todos aqueles membros integrantes deste projeto político e, por isso, inovação deve também ser o campo da internalização do conflito, isto é, deve ser o campo no qual o outro esquecido tenha voz para representar seus interesses de cunho moral.

Por fim, é preciso entender que os investimentos em política de inovação tal como foram desenhados no espaço nacional não são um porvir natural da técnica mais avançada. Eles são, antes de mais nada, uma opção política por um projeto desenvolvimentista. Mas deve-se questionar também que tipo de desenvolvimento a comunidade como um todo requer.

O conceito de desenvolvimento levantado pelo Programa de Incentivo à Inovação foi, de fato, coerente com um projeto político elaborado dentro da comunidade, mas essa coerência é a coerência dura, insensível às necessidades coletivas de um Brasil socialmente subdesenvolvido. Embora a resposta não defina um tipo certo de projeto desenvolvimentista, é preciso interpretar qualquer iniciativa nessa direção como uma tentativa de fazer da comunidade a melhor comunidade que se pode ter. Essa comunidade deseja imprimir em suas decisões um sentimento de igualdade antes impensado.

5 Conclusão

O objetivo principal deste trabalho foi o de lançar luzes, a partir de uma teoria do Direito, sobre a formulação e adoção de políticas públicas na área de inovação no âmbito das ICT do Brasil.

A importância prática de se analisar a consonância de uma política com o sistema jurídico e político de uma comunidade vai muito além da tentativa de se conformar, na esfera administrativa, determinados pressupostos legais. A ideia central parte da tarefa de reconstruir o ambiente institucional da pesquisa e inovação no contexto das ICT para que se possa, a partir do marco teórico utilizado, identificar e sanar falhas institucionais causadas por relações de poder e dominação escondidas sob o véu das ideologias.

Nesse sentido, partiu-se da teoria da Integridade de Ronald Dworkin e da teoria da Ação Comunicativa aplicada ao Direito de Habermas para analisar a (in)coerência que uma política de inovação no Brasil guarda com um projeto institucional político reconstruído discursivamente.

A teoria da Integridade exige que a aplicação do Direito, tanto em nível jurisdicional quanto em nível legislativo, seja guiada por princípios que se reportam a uma estrutura de moralidade institucional. Nesse ponto, chamou-se atenção para a comunidade fraterna, que representaria a abstração necessária para se ligar a aplicação do Direito a uma rede de valores construída ao longo da história institucional de uma comunidade. Isso se deve, em parte, ao fato de que numa comunidade fraterna as normas, sejam elas regras ou princípios, serem extraídas da própria história política e cultural dessa comunidade por meio de uma atitude interpretativa. Este poder de reconstrução da moralidade institucional dentro da comunidade leva em conta somente uma demanda: todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. O suposto axioma representa nada mais que o modo de constituição de uma comunidade fraterna.

Como aliada da teoria da Integridade na reconstrução legítima do Direito de uma comunidade figurou a teoria da Ação Comunicativa aplicada ao Direito de Habermas. O diálogo teórico estabelecido entre ambas as teorias teve o papel de complementar o primeiro referencial teórico para os devidos fins. A teoria da Integridade restaria comprometida se a coerência de princípio representasse uma forma de dominação política na qual a igualdade em tese suprimisse particularidades específicas num contexto de pluralismo político. Por isso, o passo em direção à teoria da Ação Comunicativa aplicada ao Direito foi importante.

Foi preciso compreender que o estabelecimento de condições de validade a determinados enunciados normativos deve necessariamente internalizar a dimensão pragmática do discurso. Acontece, nesse momento, o inevitável choque entre facticidade e validade, pois há aqui a necessidade de cada indivíduo assentir potencialmente com o projeto institucional político elaborado discursivamente.

Nesse sentido, foi possível pensar o contexto institucional da inovação no Brasil a partir do próprio conceito de inovação positivado na lei 10.973/04. A reconstrução que aqui se pretendia não foi estabelecida de forma direta, no entanto. A partir da análise do Programa de Incentivo à Inovação é que a reconstrução normativa do institucional político da inovação tomou forma.

O PII, como é comumente chamado, consiste numa política de incentivo à inovação em ICT, entre as quais se situa a Universidade Federal de Juiz de Fora, e também numa política de incentivo à transferência de tecnologia das inovações produzidas. A estratégia adotada foi incentivar, por meio de suporte financeiro e gerencial, determinado número de tecnologias inscritas para que se pudessem criar Empresas de Base Tecnológica, insumos para o Parque Tecnológico de Juiz de Fora, atração de investidores de capital semente ou para que a tecnologia escolhida pudesse tão somente chegar ao mercado por meio de contratos de transferência. Em ambos os casos, a ideia central era contribuir com um projeto de desenvolvimento regional baseado no crescimento da competitividade de empresas locais e nas consequências daí advindas para a geração de empregos e demais desdobramentos econômicos.

No entanto, o PII, a partir de uma análise de conteúdo estruturada no sistema de referências escolhido, revelou uma enorme falha institucional no que diz respeito à concepção de inovação entabulada. Foi visto que o direcionamento da política tomou um caminho bastante tendencioso para além daquele discurso de simples aproximação entre universidades e empresa. O PII reverteu quase todos os critérios de seleção de tecnologia para variáveis de mercado e vendas. Além disso, todas as ferramentas utilizadas para que se pudesse transferir a tecnologia selecionada giravam em torno da possibilidade de esta conseguir o retorno financeiro do investimento inicial na forma de lucro.

O que se pode concluir dessa disposição da política interna de inovação é que ela não tratou do poder inventivo nas universidades como uma questão de princípio, como, de fato, ela representa. Essa assertiva se baseou no fato de que a inovação é a mudança dos próprios fatores sociais, da cultura, da organização da sociedade civil. Pensar a inovação, portanto, significa refletir sobre a própria identidade política de uma comunidade.

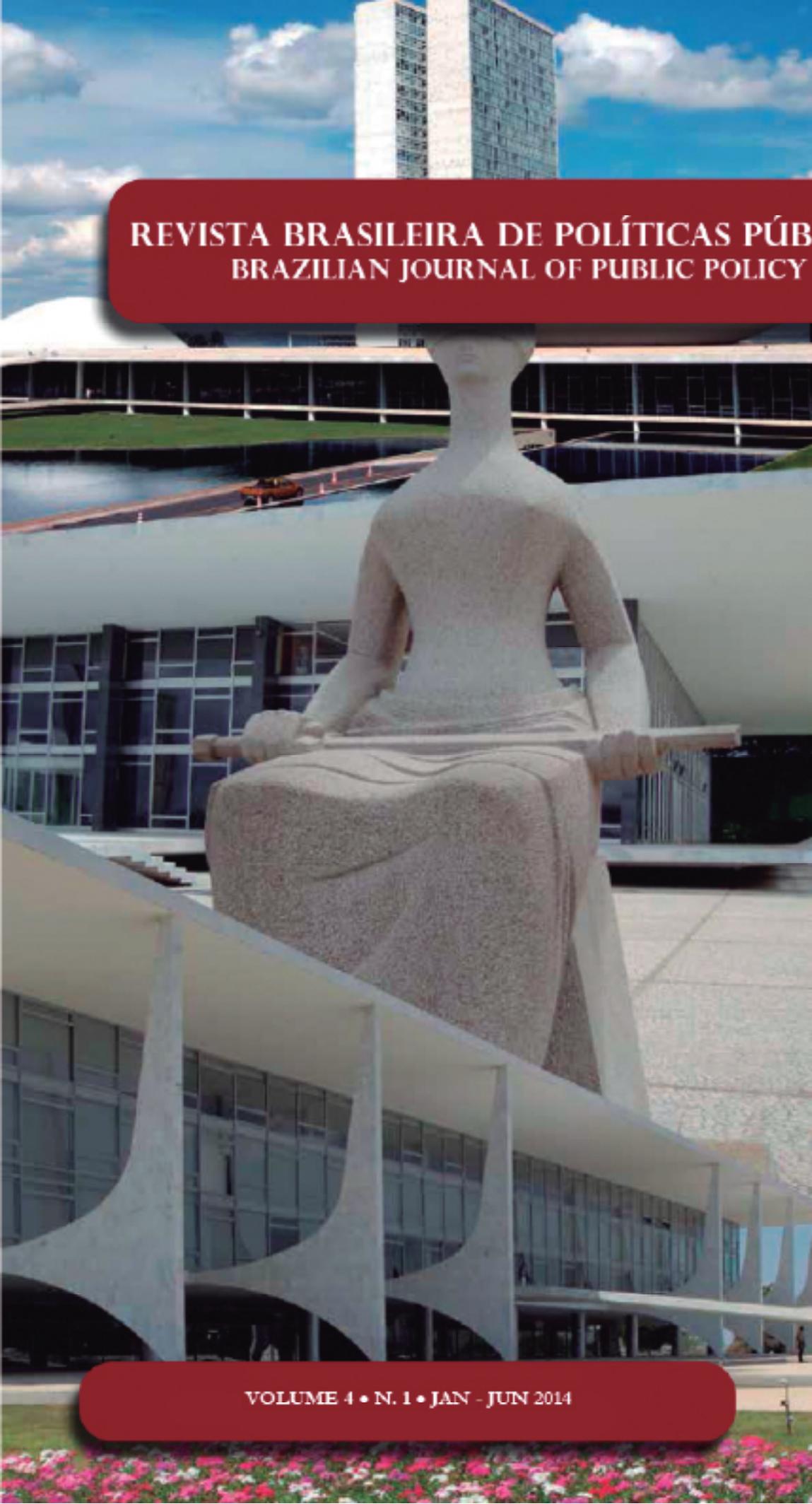
Em virtude disso, deseja-se partilhar de uma concepção de inovação que atenda ao real significado da melhor comunidade que se pode ter. Isso implica que o direcionamento da política de inovação nas universidades deve coincidir com um projeto institucional político que reconheça o igual valor e consideração a todos os membros dessa comunidade e a diferentes propostas de intervenção econômica e social. Aliado a essas considerações, chama-se atenção para o fato de que cada integrante dessa comunidade deve assentir potencialmente com a formação desse institucional político, como pretendido por Habermas. Sendo assim, resgata-se a participação de minorias excluídas do debate para que elas possam de fato atribuir maior legitimação ao processo de construção político das instituições.

O Programa de Incentivo à Inovação falhou ao adotar uma estreita visão de inovação. A concepção de inovação engendrada pela política deixou de reconhecer o caráter emancipador quando se reportou somente àquelas formas de tecnologia potencialmente lucrativas. Nesse sentido, assiste-se a um direcionamento tendencioso da política a imperativos econômicos tão somente. Deixou-se a Integridade e a Ação Comunicativa de lado quando o programa não reconheceu que inovação deveria se reportar a todos os membros de uma comunidade fraterna como que numa relação de respeito fraternal. Inovação, nos termos pretendidos por esse trabalho, deveria constituir-se como uma política de resolução de problemas humanos *lato sensu* e não simplesmente em sentido reducionista, quando acontece quando a inovação é alinhada para a resolução de problemas do setor econômico.

Somente uma concepção de inovação mais abrangente, isto é, que se referira a problemas humanos indistintamente, independentemente de sua relevância econômica, poderia resgatar o projeto institucional político pretendido em termos de igualdade. Somente ao dimensionar as políticas públicas de um Estado ao encontro da moralidade institucional reconstruída comunicativamente pelos membros da comunidade é que se poderia dar conta de uma forma de organização política que refletisse exatamente a comunidade que se quer ter.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Organização do texto: Marcos Antônio Oliveira Fernandes. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007. 390 p. (Coleção de leis Rideel. Série compacta).
- _____. Lei n° 9279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em 25 maio 2012.
- _____. Lei n° 10.973, de 02 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm>. Acesso em 25 maio 2012.
- DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GONÇALVES, E.; SCHIAVON, L. Interação universidade-empresa: o caso da Universidade Federal de Juiz de Fora – Minas Gerais. In: Anais do XIV Seminário de Economia Mineira. Diamantina: UFMG/Cedeplar, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2001
- ETZKOWITZ, H. The norms of entrepreneurial science: cognitive effects of the new university–industry linkages. *Research Policy*, v. 27, p. 823-833, 1998.
- _____. The Triple Helix of University-Industry-Government Implications for Policy and Evaluation. Science Policy Institute Working Paper, 2002-2011.
- MACIEL, Maria Lucia. Ciência, tecnologia e inovação: ideias sobre o papel das ciências sociais no desenvolvimento. In: CENTRO DE GESTÃO E ASSUNTOS ESTRATÉGICOS. Parcerias Estratégicas. Brasília: Centro de Gestão e Assuntos Estratégicos: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2005.
- MOWERY, D. C., SAMPAT, B. N. Universities in national innovation systems. In: FAGERBERG, J., MOWERY, D. C., NELSON, R. R. (Orgs.), *The Oxford Handbook of Innovation*, New York: Oxford University Press, 2005.
- LOTUFO, R. A. A institucionalização dos Núcleos de Inovação Tecnológica e a experiência da Inova Unicamp. In: SANTOS, Marli Elizabeth Ritter dos; TOLEDO, Patricia Tavares Magalhães de; LOTUFO, Roberto de Alencar (Orgs.). *Transferência de Tecnologia: Estratégias para a Estruturação e Gestão de Núcleos de Inovação Tecnológica*. Campinas: Komedi, 2009.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA. Conselho Superior. Resolução n° 31, de 25 de agosto 2005. Disponível em <<http://www.ufjf.br/portal/files/2009/06/resolucao311.pdf>>. Acesso em 25 maio 2012.
- _____. Secretaria de Desenvolvimento Tecnológico Edital n° 05, de 06 de agosto de 2009. Disponível em <<http://www.ufjf.br/critt/files/2009/08/edital-para-projetos-pii-2009.pdf>>. Acesso em 25 maio de 2012.



REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A Ponderação como Mecanismo de Solução de Conflitos entre Princípios Norteadores do Direito Penal Ambiental

Proportionality as a tools to solve conflicts between principles on environmental criminal law

Maria Isabel Esteves de Alcântara
Michelle Lucas Cardoso Balbino

A Ponderação como Mecanismo de Solução de Conflitos entre Princípios Norteadores do Direito Penal Ambiental

Proportionality as a tools to solve conflicts between principles on environmental criminal law

Maria Isabel Esteves de Alcântara*

Michelle Lucas Cardoso Balbino**

RESUMO

Ao longo do presente estudo, buscou-se descobrir qual princípio deverá prevalecer nos casos em que houver colisão entre o Princípio do *In Dubio pro Reo* e o Princípio do *In Dubio pro Nature*. Sabe-se que havendo colisão entre princípios, esta deverá ser analisada com base no método de ponderação, bem como deve-se aplicar a técnica do sopesamento, na busca da solução da colisão. Ao final concluiu-se que, no caso concreto de crime ambiental, havendo conflito entre os Princípios do *In Dubio pro Reo* e do Princípio do *In Dubio pro Natureo*, o juiz deverá ponderar com proporcionalidade a utilização dos Princípios, valendo-se das circunstâncias de cada caso para definir qual o princípio deve prevalecer, sendo certo que o Princípio do *In Dubio pro Reo* somente poderá prosperar se não houver grandes prejuízos ao meio ambiente, pois em caso contrário, o Princípio do *In Dubio pro Nature* deve prevalecer.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. *In dubio pro Re*. *In Dubio pro Ambiente/Pro Nature*. Colisão. Ponderação/Proporcionalidade.

Abstract

Throughout this study, it was attempted to find out which principle should prevail in cases where there is conflict between the principle of *In Dubio pro Reo* and the Principle of *In Dubio pro Natureo*. It is known that if there is a collision between principles, this collision should be analyzed based on weighting method, as well it should apply the technique of sopesamento, in the searching of the collision's solution. At the end it was concluded that in case of environmental crime, having a conflict between the principles of *In Dubio pro Reo* and the Principle of *In Dubio pro Natureo*, the judge shall consider with proportionality the use of principles, backed by the circumstances of each case to determine which principle should prevail, being sure that the Principle of *In Dubio pro Reo* can only thrive if there is no major damage to the environment, since otherwise, the Principle of *In Dubio pro Natureo* must prevail.

KEYWORDS: Principles. *In dubio pro Re*. *In Dubio pro Ambiente/Pro Nature*. Collision. Weighting/Proportionality.

Recebido em 10/02/2014

Aprovado em 11/05/2014

* Advogada atuante na Comarca de Patos de Minas - MG. Assessora Jurídica da 10ª Região de Polícia Militar de Minas Gerais. Graduada em Direito pelo Centro. Universitário de Patos de Minas - MG. Pós - graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Gestão. Pública pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: isabel_-_alcantara@hotmail.com.

** Analista Educacional e Professora Universitária. Mestre em Sustentabilidade Socioeconômico e Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto – Ouro Preto/MG; Pós graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho - Rio de Janeiro/RJ; Especialista em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto – Ouro Preto/MG; e Pós Graduada em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia/MG. E-mail: michellebalbino@hotmail.com.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A doutrina há muito tempo discute sobre a possibilidade ou não da colisão entre princípios, sendo certo que, existindo a colisão, ela estará presente quando da aplicação de normas em caso concreto.

Isso também ocorre na questão ambiental, exemplo disso está na imputação de crime ambiental ao agente causador do dano ambiental, os princípios do direito penal estabelecem que, se não existem provas suficientes para convencer o juiz de que o réu é o autor do ilícito penal, o magistrado deve aplicar o Princípio do *In dubio pro Reo*, beneficiando o agente com a absolvição por falta de provas. Contudo, em contrapartida a essa atuação, o direito ambiental aponta que, mesmo existindo dúvidas, ou seja, não sendo certa a interpretação, deve-se aplicar a lei mais favorável à proteção ambiental, realizando a ação conforme o Princípio do *In Dubio pro Ambiente/Pro Nature*.

Diante dessas considerações, o problema que fundamenta e estimula o presente artigo está na divergência em aplicar o Princípio do *In dubio pro Reo* e o Princípio do *In Dubio pro Ambiente/Pro Nature*, no caso *in concreto* de dano ambiental, fato que, diuturnamente encontra-se em pauta nos Tribunais brasileiros e repercute diretamente na vida humana, até porque, o meio ambiente trata-se de bem comum de todos, o qual não pode ser suprimido em função de uma única pessoa.

Assim, a pretensa pesquisa foi realizada com o suporte da abordagem qualitativa, por se tratar de investigação de ordem teórica, inscrita na vertente jurídico-teórica, constitui-se em um estudo do tipo metodológico jurídico-compreensivo.

Inicia-se o presente artigo com a apresentação dos conceitos e aspectos principais em relação aos princípios, após apresenta-se um estudo aprofundado sobre o Princípio do *In dubio pro Reo* e o Princípio do *In Dubio pro Ambiente/Pro Nature*, chegando por fim, ao estudo da colisão entre os princípios já definidos e o estudo do mecanismo de solução de conflitos entre esses princípios.

2 INTROITO AO ESTUDO DOS PRINCÍPIOS

Os princípios podem ser conceituados com mandado ou mandamentos de otimização, pois eles determinam que o fato seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Eles se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (Alexy, 2011).

Buscando conceituar os princípios Humberto Ávila (2010, p. 78-79) afirma que eles são:

[...] são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.

Nesse contexto, os princípios são os mandamentos ou enunciados que formam o núcleo de determinado sistema, assim constituindo a base das normas jurídicas, dentro do sistema jurídico. Por isso, para que o jurista interprete corretamente as normas e aplique acertadamente os institutos do direito são fundamentais para o desenvolvimento de um estudo aprofundado sobre os princípios, haja vista que as normas por ser um conjunto de palavras, devem necessariamente ser interpretadas e os princípios são os balizadores dessa interpretação, para que ela não varie radicalmente de acordo com o intérprete, causando incertezas jurídicas. Tudo isso demonstra a importância dos princípios como alicerces, que delimitam o espaço dentro do qual um determinado sentido é aceito, evitando-se, assim, graves conflitos (LEUZINGER; CUREAU, 2008).

Mas quando os conflitos surgem entre esses princípios, como se deve atuar para a solução desses conflitos? Essa é a problemática central desse trabalho, que visa estudar a solução dos conflitos surgidos na aplicação do caso concreto entre os Princípios do *In Dubio pro Reu* e do *In Dubio pro Meio Ambiente/ pro Nature*. Ensina Miranda (2011, p. 34-35) que:

Os princípios servem como vetores para a interpretação normativa. Têm, portanto, uma função construtiva para a Ciência do Direito. A finalidade da aplicabilidade dos princípios é a de proporcionar a segurança jurídica, pois uma vez cristalizados tornam-se parâmetros na aplicação da norma ao caso concreto. Por essa razão, os princípios exercem função primordial na interpretação e aplicação do Direito.

Destarte os princípios auxiliam o estudo e a análise de certos fundamentos estanques do direito, presta-se para balizar o procedimento do legislador, do magistrado e do operador do direito, por isso é o valor fundamental de uma questão jurídica; é uma verdade incontestável para o momento histórico. Entretanto, como nada é absoluto, Os princípios também podem ser modificados com o envolver dos tempos, assim deve ser analisado de acordo com momento histórico em que está inserido (SIRVINSKAS, 2010).

Importante registrar que, os princípios podem ser implícitos, explícito, inferiores, superiores, tendo como principais características, conforme Sirvinskas (2010), a simplicidade e a hierarquia superior, sendo a primeira fundada na necessidade de uma compreensão fácil dos pontos definidos em cada princípio, enquanto a segunda está fundamentada no direito natural ou na história do instituto, em que o princípio será superior por se tratar do início de todas as questões que integram aquela matéria.

Ressalta-se que, devido ao fato de os princípios serem a base, o alicerce, do ordenamento jurídico, há quem entenda que eles são fontes normativas, contudo, deve saber que, mesmo existindo muitos princípios no ordenamento jurídico, nem todos têm força normativa, que é extraída dos princípios oriundos da Constituição ou de leis infraconstitucionais, entretanto, existem inúmeros princípios constitucionais expressos e implícitos, mas muitos deles têm força normativa e muitos outros são meros enunciados sem força normativa (SIRVINSKAS, 2010).

Vale ressaltar que, em se tratando de matéria ambiental os princípios devem ser aplicados a favor do meio ambiente, mas em matéria penal eles poderão ser aplicados em favor do réu ou em favor da sociedade, o que depende do caso concreto.

Ademais, para a aplicação dos princípios, deve-se estabelecer uma relação com as normas constitucionais e infraconstitucionais e não simplesmente aplicá-los como uma regra jurídica, haja vista que é por meio dos princípios que se estabelecerá o conteúdo valorativo das normas (SIRVINSKAS, 2010).

Esse conteúdo valorativo é estabelecido por meio de juízo de ponderação com outros princípios, surgindo assim, o ponto central deste trabalho, em que será discutida a colisão entre princípios quando da atuação de um caso concreto, tendo como objetivo principal a definição de mecanismos para a atuação ponderativa na aplicação desses princípios. De acordo com Miranda (2011, p. 35):

Os princípios admitem aplicação mais ou menos ampla de acordo com a possibilidade jurídica existente. Disso resulta que os limites jurídicos podem restringir a otimização de um princípio, seja por conta da existência de regras que o excepcionam em algum ponto, seja porque outros princípios quando opostos procuram igualmente se maximizar, o que implica a necessidade de ponderá-los.

Destaca-se que, a relação de ponderação atribui a cada princípio um peso por serem eles exigências de otimização, pois podem ter diferentes graus de concretização, dependendo das circunstâncias específicas (possibilidades fáticas) e dos demais princípios que se confrontam (possibilidades jurídicas). Somente após a realização do processo de ponderação é que o princípio considerado prevalente torna-se uma regra a estabelecer um direito definitivo para determinando caso (MARTINS; CADEMARTORI, 2007).

Sobreleva ressaltar que os princípios são complementados pelas regras. Além do mais, são normas fundamentais, haja vista serem os alicerces das normas gerais do direito e como normas fundamentais, exerce a função integradora, porque preenchem lacunas do direito; função interpretativa, pois orientam o intérprete na aplicação da norma; função delimitadora, por limitarem a atuação legislativa, judicial e negocial; e função fundante, porque fundamentam o ordenamento jurídico (SIRVINSKAS, 2010).

As modernas Constituições adotam a técnica dos princípios, em todos os campos. Destaca-se que no direito ambiental e nas outras disciplinas de elaboração recente, os princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos, não sendo incomum que os princípios ambientais sejam acolhidos e batizados expressamente nos textos constitucionais (BENJAMIN, 2008).

Os direitos fundamentais e princípios de mesma estirpe convivem na atmosfera constitucional. Como lembra acertadamente Cristiane Derani (2009, p. 99) “é possível verificar que os direitos fundamentais revelam-se simultaneamente no texto normativo como princípios”. Assim, os direitos fundamentais constitucionais são princípios. Nesse diapasão, vale mencionar que, os direitos fundamentais estão inseridos dentro daquilo que o constitucionalismo denomina de princípios constitucionais fundamentais, que são os princípios que guardam os valores fundamentais da Ordem Jurídica (ALEXY, 2011).

Para Derani (2009, p. 140), os princípios fundamentais do direito ambiental são: cooperação; do poluidor-pagador e da precaução, os quais segundo a autora são princípios que atuam contra os “indesejáveis efeitos colaterais do desenvolvimento social e econômico”, visando minimiza-los. São os chamados princípios estruturantes do Direito Ambiental, sobre esse assunto Leite (2008, p. 155) esclarece que:

A utilização da expressão princípios estruturantes deve-se ao fato de se referirem a princípios constitutivos do núcleo essencial do direito do ambiente, garantindo certa base e caracterização. Com efeito, a utilização dessa expressão é ancorada na significação dada por Canotilho, ao se referir aos princípios estruturantes do Direito Constitucional. Na sua identificação, o autor salienta que os princípios estruturantes possuem duas dimensões: “1) uma dimensão constitutiva, dado que os princípios, eles mesmos, na sua fundamentalidade principal, exprimem, indicam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional; 2) uma dimensão declarativa, pois estes princípios assumem, muitas vezes, a natureza de superconceitos, de vocábulos designantes, utilizados para exprimir a soma de outros subprincípios e de concretizações de normas plasmadas”

No que diz respeito aos princípios fundamentais do direito penal Fernando Capez (2012), explica que é da dignidade da pessoa humana que nascem os princípios orientadores e limitadores do direito penal. Nesse sentido, segundo Bitencourt (2004, p. 15) o “princípio da humanidade sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana o que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.”

Para Juarez Cirino dos Santos (2010), o direito penal das sociedades contemporâneas é regido por princípios constitucionais sobre crimes, penas e medidas de segurança, destacando como os princípios constitucionais mais importante para o direito penal são os princípios da legalidade, culpabilidade, lesividade, proporcionalidade, humanidade e responsabilidade penal pessoal

Importante ressaltar que, normas, princípios e regras são partes integrantes do sistema jurídico. A doutrina ensina que, as normas são o gênero, do qual princípios e regras são espécies. Normas segundo Ávila (2010, p. 30) “não são textos nem conjuntos deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem o objeto da interpretação e as normas, o seu resultado”.

De acordo com os ensinamentos de Alexy (2011) princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Em contrapartida, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e jurídico (ALEXY, 2011).

Definidos os pontos iniciais sobre a temática dos princípios, ponto introdutório desse estudo, o qual nutre a base para a elaboração deste artigo, passa-se ao estudo aprofundado dos Princípios do *In dubio pro Reo* e o do *In Dubio pro Ambiente/pro Nature*, os quais, conforme já relatado, no caso *in concreto* podem entrar em conflito quando da imputação de condenação do agente causador de dano ambiental.

3 PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

O princípio do *in dubio pro reo* decorrente do princípio da presunção de inocência¹ disciplina que não havendo provas suficientes para convencer o juiz de que o réu é o autor do ilícito penal, este deverá ser absolvido por falta de provas. Nesse sentido Garcia (s.d. p. 2) afirma que:

Decorre do princípio da presunção de inocência, ou do estado de inocência, como preferem alguns, que: a liberdade do acusado só pode ser restringida antes da sentença definitiva a título de medida cautelar que seja efetivamente necessária e conveniente, nos termos da lei; cabe ao órgão acusador o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado, não tendo este o dever de provar sua inocência; para prolatar a sentença condenatória, o juiz deve estar plenamente convencido de que o réu foi o autor do ilícito penal apurado, sendo que, havendo dúvidas quanto à sua responsabilidade, deverá o juiz absolver o réu. Neste último caso, tem-se o consagrado princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, em caso de ausência de provas suficientes capazes de dirimir por completo qualquer dúvida a respeito da autoria do delito, deverá o juiz prolatar sentença absolutória a favor do acusado, na forma do artigo 386, VI, do CPP. Convém observar que os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, embora integrem o gênero favor rei, não se confundem.

Nesse contexto, conforme ensina Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 39), o princípio do *in dubio pro reo* integra o princípio da presunção da inocência, “garantido que, em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado”.

O mesmo doutrinador afirma ainda que:

Prova insuficiente para a condenação: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu – *in dubio pro reo*. Se o Juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição. Logicamente, neste caso, há possibilidade de se propor ação de indenização na esfera cível (NUCCI, 2008, p. 689).

Assim, no processo penal, quando existir dúvidas acerca da autoria ou materialidade do delito, o juiz deverá absolver o réu com fundamento no princípio *in dubio pro reo*. Ressalta-se que essa é matéria específica do Direito Processual Penal, porém deve-se estar atento ao fato de que em se tratando de interpretação da norma jurídica penal, em caso de conflito entre regras, deve-se dar preferência a regra

¹ “Também conhecido como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com transito em julgado” (NUCCI, 2008, p. 39).

que menos severa ao agente. “Não se confundam, porém, as duas hipóteses. O *in dubio pro reo* resulta de dúvida na investigação do fato, enquanto a interpretação se volta para a lei.” (JUSBRASIL, s.d, p.1).

Importante mencionar o fato que o princípio do *in dubio pro reo*, também conhecido como princípio do *favor rei*, garante que ocorrendo dúvida, esta deve ser interpretada a favor do acusado, essa garantia se dá devido ao fato de que o direito à liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado.

Sobreleva destacar que o CPP, ao descrever a regra do artigo 386, II está adotando implicitamente o princípio do *in dubio pro reo*, pois afirma que: “Art. 386 O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VII – não existir prova suficiente para a condenação”.

Diante de todo o exposto, observa-se que na falta de provas cabais, que possam ensejar um decreto condenatório, é fundamental a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, que se impõe como medida de realização de justiça.

4 PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO AMBIENTE* OU *IN DUBIO PRO NATURE*

Antes de iniciar a explanação acerca do Princípio do *In Dubio pro Ambiente*, é sempre bom esclarecer que, apesar de constituir uma ciência relativamente nova, o direito ambiental possui total autonomia, a qual é garantida pelo artigo 225 da Constituição Federal, tendo em vista a identificação de princípios e normas próprias do direito ambiental (LEUZINGER; CUREAU, 2008). A Carta Magna de 1988 recepcionou a Lei n.º 6.938/81, em que foram definidos os princípios norteadores do direito ambiental brasileiro, em conformidade com os princípios ambientais internacionais definidos durante a Conferência de Estocolmo realizada em 1972.

Referidos “princípios constituem pedras basilares dos sistemas político-jurídicos dos Estados civilizados, sendo adotados internacionalmente como fruto da necessidade de uma ecologia equilibrada e indicativos do caminho adequado para a proteção ambiental” (FIORILLO, 2010, p. 77), constituindo, assim, princípios norteadores do direito ambiental.

Cristiane Derani (2009, p. 140) define que os princípios de direito ambiental como sendo “construções teóricas que visam à melhor orientar a formação do direito ambiental, procurando denotar-lhe certa lógica de desenvolvimento, uma base comum presente nos instrumentos normativos”. Assim, os princípios ambientais “são construções teóricas que procuram desenvolver uma base comum nos instrumentos normativos de política ambiental [...] servem para balizar a atuação do Estado às exigências da sociedade em relação à tutela do ambiente” (LEITE, 2008, p. 158).

Diversos são os princípios que norteiam o direito ambiental, estando em destaque o Princípio *In Dubio pro Nature*, também chamado de Princípio *In Dubio pro Ambiente*. Esse princípio aponta que, existindo conflito entre normas, o aplicador do direito deve priorizar a norma mais benéfica ao meio ambiente, portanto, “o princípio *in dubio pro natura* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isso significa que, no caso em que não for possível uma interpretação unívoca, a escolha deve recair sobre a interpretação mais favorável à proteção ambiental” (FARIAS, 1999, p. 356).

Assim, estando em conflito aparente duas normas em matéria ambiental deve prevalecer aquela que for mais benéfica em relação à natureza, afinal de contas, o Princípio *In Dubio pro Nature* vigora no ordenamento jurídico ambiental brasileiro como o intuito de precaver que danos ambientais aconteçam. Esse é o entendimento de Farias (2007a, p. 1), veja:

O princípio *in dubio pro natura*, segundo o qual na dúvida o meio ambiente deve ser resguardado a despeito de quaisquer valores, é outra conquista da cidadania que contribui para a manutenção das condições de vida. É claro que esses avanços foram precedidos por todo um movimento de tomada de consciência ecológica que ganhou força a partir desastres ambientais de grande porte ocorridos na década de sessenta, como o que ocorreu na França com o petroleiro Torrey Canyon, e da divulgação de certos fatos, como o aquecimento global e o deslocamento do eixo do planeta.

Conforme ensina Farias (2007c), o Princípio *In Dubio pro Nature* representa um desdobramento do Princípio da Precaução, quando se considera a hermenêutica jurídica em matéria ambiental. O Princípio *In Dubio pro Nature* está, portanto, incluso na aplicação do princípio da precaução, pois, conforme define Martins (2002) este integra sete ideias fundamentais que constituem sua concretização, sendo dentre elas a concepção de que, na dúvida deve-se atuar em função do meio ambiente, ou seja, *in dubio pro ambiente*.

Contudo, apesar do entendimento definido acima, existe atualmente na doutrina certa dúvida em relação à definição do Princípio da Precaução como ponto integrador do Princípio do *In dubio pro Ambiente*, afinal de contas, alguns autores apontam que esse princípio está integrado ao Princípio da Prevenção.

Esse é o entendimento apresentado por Farias (2007b, p. 12-13) que aponta que, “o princípio *in dubio pro nature*, que é derivado do princípio da prevenção, encerra a questão ao dispor que em caso de conflito de legislações será acolhida a mais eficaz na proteção ao meio ambiente”.

Esta confusão acerca da integração do Princípio *In Dubio pro Nature*, em relação ao Princípio da Prevenção ou ao Princípio da Precaução, deve-se a divergência doutrinária existente acerca da existência ou não de diferenças entre esses princípios, pois existe entendimento doutrinário que aponta que o Princípio da Prevenção engloba a Princípio da Precaução. Seguindo esse posicionamento doutrinário, está o entendimento apresentado por Edis Milaré (2009, p. 822-823), o qual aponta que o Princípio da Prevenção engloba a Princípio da Precaução: “no entanto, se, num primeiro momento, malgrado a diferença etimológica e semântica, preferimos adotar princípio da prevenção como fórmula que englobaria a precaução, passamos agora a entender como necessária a distinção entre os dois princípios”.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2010, p. 118) afirmar que “no plano constitucional o art. 225 estabelece efetivamente o princípio da prevenção, sendo certo que o chamado ‘princípio da precaução’, se é que pode ser observado no plano constitucional, estaria evidentemente colocado dentro do princípio constitucional da prevenção”.

Em contrapartida estão os ensinamentos de Paulo de Bessa Antunes que estabelece que o Princípio da Precaução e o Princípio da Prevenção são princípios diversos, sendo que, o primeiro trata-se da utilização de intervenções mesmo que não haja certeza sobre os resultados daquele impacto no meio ambiente, ao passo que o Princípio da Prevenção é considerado:

(...) princípio próximo ao princípio da precaução, embora não se confunda com aquele. O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis (ANTUNES, 2008, p. 45).

Assim, mesmo “ligado ao conceito de afastamento do perigo e segurança das gerações futuras, o princípio da precaução se destina a gerir os impactos desconhecidos. Esta é a linha tênue que o diferencia do princípio da prevenção em que o perigo é concreto e o risco é conhecido” (MIRANDA, 2011, p. 49-50). Diante disso, o “princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis” (ANTUNES, 2008, p. 45).

O princípio da precaução foi incorporado ao Direito Ambiental brasileiro após a elaboração de dois importantes documentos existentes no âmbito da Organização das Nações Unidas, quais sejam: a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC), presentes no Princípio 15 e Princípio 3 do artigo 3º, respectivamente. *In verbis*:

Princípio 15

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis,

a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (Grifo)

Princípio 3 do artigo 3º

3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, *a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que* as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos socioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima. (Grifo)

Como se pode observar, o Princípio da Precaução visa à utilização racional dos bens ambientais, “com a mais cuidadosa apreensão possível dos recursos naturais, numa espécie de Daseinvorsorge ou Zukunftvorsorge (cuidado, precaução com a existência ou com o futuro), que vai além de simples medidas para afastar o perigo” (DERANI, 2009, p. 150).

É com base nesse princípio que se podem precaver danos cujas informações científicas são “insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido” (MILARÉ, 2009, p. 824).

Precaução é cuidado (*in dubio pro securitate*). O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja proteção de seu ambiente, seja pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco iminente de determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade (DERANI, 2009, p. 152).

Assim, o princípio da precaução “assume, fundamentalmente, o sentido de linha orientadora dos objetivos da política de proteção ambiental” (DERANI, 2009, p. 151), que tem como finalidade primordial a manutenção da vida humana e a garantia da qualidade de vida das populações.

Diante de todos os pontos apresentados até o presente momento, cada vez mais se torna necessário definir critério para solução de conflitos que envolvam os Princípios do *In Dubio pro Reo* e do *In Dubio pro Nature*, mesmo porque, ambos não contrariam os ditames previstos na Constituição Federal.

5 A PONDERAÇÃO COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO REO” VERSUS PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO NATURE”

Este estudo visa apresentar a solução dos conflitos surgidos durante a aplicação do caso concreto dos princípios do *Dubio pro Reo* e do *In Dubio pro Nature*, afinal de contas, em certos casos relacionados aos crimes ambientais surge a dúvida sobre a possibilidade de aplicação correlata desses princípios.

Isso se deve ao fato de que, enquanto o Princípio *In Dubio pro Nature* apresenta um compromisso, por meio do Princípio da Prevenção em preservar o ambiente com respeito às vidas futuras, atuando com isso contra ações que reportam a degradação ambiental, o Princípio do *Dubio pro Reo* visa respeitar

a dignidade do homem frente ao controle social exercido pelo Estado, mesmo porque, o direito penal possui condição de *ultima ratio* frente os demais ramos do direito.

Contudo, existe entendimento doutrinário (corrente jurídico-penal de Winfried Hassemer) que aponta que a “matéria ambiental é incompatível com a postura de *ultima ratio* oferecida para o Direito Penal” (KÄSSMAYER; BUSATO, 2007, p. 23).

Mas a tutela penal, mesmo na área ambiental, deve ser vista como *ultima ratio*, podendo ser aplicada a responsabilidade penal ambiental somente depois que se esgotarem os mecanismos intimatórios (civil e administrativo). Veja:

Com o fortalecimento do princípio da subsidiariedade da ação penal, a doutrina evolui no sentido de que este ramo do Direito deve (pode) incidir sobre o caso concreto somente quando as demais instâncias de responsabilização – civil e administrativa, que são menos gravosas – já se tenham mostrado insuficientes para coibir a conduta infracional, potencial ou efetivamente lesiva ao bem jurídico tutelado (MILARÉ, 2009, p. 973).

Kässmayer e Busato (2007) apontam que, a matéria ambiental é extremamente importante não podendo utiliza-se apenas do direito administrativo sancionador para coerção de atos praticados contra o meio ambiente, mesmo porque, ao repercute o direito ambiental em três esferas de responsabilização (civil, penal e administrativa), o legislador apresentou de forma inequívoca a necessidade de aplicação da lei penal também aos infratores ambientais.

Diante desses apontamentos, claro está que, no direito penal ambiental deve-se apurar as responsabilidades nas três esferas, não podendo ficar restrita a aplicação apenas de multa administrativa, senão estará restrito a uma retroatividade da legislação ambiental, a qual incriminava apenas administrativamente o agente e passou a responsabilizá-lo civil e penalmente.

Desde o ano de 1965, inúmeros diplomas legais aplicavam de forma apenas pontual a questão a sanção penal ambiental, não existindo, porém, um tratamento sistematizado da matéria, sendo apenas diluída e pontual, somente após a edição da Lei n.º 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) que houve a sistematização das leis de cunho penal ambiental (MILARÉ, 2009).

Ademais, é bom esclarecer que, segundo Paulo José Leite Farias (1999), o Princípio *In Dubio pro Nature* não contraria nenhum critério da Constituição, pois se trata de critério razoável com aplicação subsidiária, e, ao mesmo tempo, privilegia a tutela ambiental. Característica também apresentada pelo Princípio *In Dubio pro Reo*.

Como se pode observar, ambos os princípios (*In Dubio pro Reo* e *In Dubio pro Nature*) possuem aplicação subsidiária, fator que não contribui para a solução de um conflito entre ele. Assim, qual seria o critério para solucionar esse conflito? O aplicador do direito deve-se valer de qual princípio para solucionar essa questão?

Primeiramente, é bom esclarecer que, os princípios são todos válidos e hierarquicamente iguais, sendo que, a sua colisão somente ocorre nos casos concretos, quando um princípio limita a irradiação de efeitos do outro. Leite (2008, p. 157) ao discorrer sobre o tema, afirma que:

Em outras palavras sobre a hierarquia entre princípios esclarece, acertadamente, Winter: “não há, no entanto, regra alguma estabelecendo hierarquia absoluta ou até mesmo a classe ordinal entre os princípios. A lei pode conferir primordial importância a um princípio. Neste caso, o princípio tem, concretamente, uma prioridade *prima facie* sobre princípios em conflito”. Acrescenta, ainda: “se não existe priorização legal, os princípios são iguais em sentido abstrato. O peso relativo dos princípios irá mudar de acordo com determinadas circunstâncias individuais, e só pode, portanto, ser determinado no caso concreto”.

Contudo, Leite (2008) ensina que, havendo colisão entre princípios, podem-se utilizar as regras para solucionar a colisão existente, nesse contexto, no caso concreto, os princípios são fundamentados pelas regras. Ademais, os princípios, são “considerados, por alguns, como regras de conteúdo indeterminado, sendo necessária grande abstração e resultando na não possibilidade de deduzi-lo com um grau de certeza” (LEITE, 2008, p. 157).

Para diferenciar, o conteúdo e poder normativo dos princípios e das regras, segundo Winter (*apud* LEITE, 2008, p. 157) que: “os princípios fundamentam as regras e influenciam sua interpretação e aplicação. Eles ressaltam o poder normativo das regras, indicam como devem ser interpretadas, preenchendo as lacunas legais, direcionam os poderes discricionários e informam sobre possíveis exceções”.

Destaca-se que, existindo colisão entre princípios, não é necessário questionar sobre problemas de validade, mas somente de peso, haja vista que irá prevalecer o princípio que mais importante para o caso concreto, ou seja, aquele que tiver maior peso. Entretanto, deve saber que o princípio que não prevaleceu não perde seu valor ou é excluído do ordenamento jurídico, esse princípio, apenas não teve peso suficiente para ser decisivo no caso concreto em estudo, podendo haver inversão da situação em outros casos. (SILVA, 2003).

Martins e Cademartori (2007, p. 1) comungam desse entendimento, haja vista que assim disciplinam:

No caso do conflito entre princípios (ou colisão entre princípios, nos termos de Alexy), diversamente das regras, este se dá no plano do seu “peso” valorativo que entre eles – os princípios colidentes - deverá ser ponderado e não no plano da validade, como no caso do conflito entre regras. Portanto, a consequência mais evidente da identificação entre princípios e valores é o tratamento dado aos primeiros em caso de colisão. Alexy formula uma regra ou máxima para a resolução dos conflitos entre princípios, baseada na sua ponderação ou sopesamento.

Nesse sentido, havendo colisão entre princípios, esta deverá ser solucionada por meio de um sopesamento, para que se possa chegar ao melhor resultado, sendo que tal sempre dependerá das variáveis do caso concreto.

Inocência Mártires Coelho (2000) defende a ideia de que a colisão entre princípios não tem fundamento e que tal colisão só poderá ser uma colisão aparente, fundamenta sua argumentação afirmando que os princípios não possuem uma hipótese e uma consequência abstratamente determinada; se não há consequência determinada, não há como haver colisão. Respalando esse entendimento Humberto Ávila (2001) afirma que a colisão é aparente porque o problema que surge na aplicação dos princípios reside muito mais em saber qual dos princípios será aplicado e qual a relação que mantém entre si.

Contudo, mesmo existindo uma colisão apenas aparente, no caso concreto pode ocorrer dúvidas de qual princípio deve ser aplicado naquele momento, assim, surge a problemática desse trabalho, afinal de contas, existindo princípios diversos para o mesmo fato, como o Princípio do *In Dubio pro Reo* e o Princípio do *In Dubio pro Nature*, qual deve prevalecer?

Questão bastante complexa e de difícil solução, a colisão entre princípios, conforme aponta a maioria da doutrina, deve ser analisada com base no método de ponderação para melhor resolução deste conflito, fazendo-se necessário ponderar ambos os princípios para chegar ao denominador comum para o caso *sub judice*, da maneira mais justa. Nesse sentido, Rodrigo Meyer Bornholdt (2005, p. 105) afirma que:

A ponderação nada mais significa do que uma declaração de intenções. Todos os direitos devem ser levados em consideração, sem que, contudo, haja um método, capaz de fazer com que, contudo, haja um método, capaz de fazer com que sua utilização supere o puro decisionismo, próprio para as decisões dos *casos difíceis*, segundo o positivismo. Bem vistas as coisas, porém, diante deste quadro, o positivismo é mais sincero. Assume não poder resolver a questão, deixando-a ao arbítrio do julgador.

Portanto, havendo colisão de princípios, o jurista deverá buscar o critério hermenêutico da ponderação dos valores *jusfundamentais*, pois é por meio da ponderação que se tem como definir qual princípio no caso concreto tem maior peso, mesmo que, abstratamente todos possuem o mesmo nível hierárquico (ALEXY, 2011), até porque, é durante a concreção, ou seja, ao tornar algum fato como concreto que os princípios apresentam seus diferentes pesos (STUMM, 1995).

Assim, para uma solução mais harmoniosa entre os conflitos, deve-se utilizar o método da ponderação restrito ao juízo da razoabilidade, mediando os direitos e se chegando a uma decisão digna e correta. Esse posicionamento brasileiro existe em virtude da influência em que o direito constitucional brasileiro recebe dos direitos latino, americano e germânico, os quais reconhecem o método da ponderação apenas no que diz respeito à aplicação do princípio da razoabilidade (BORNHOLDT, 2005).

Desta feita, cabe salientar que esse método da ponderação representa técnica indeclinável frente a toda complexidade da sociedade e Constituição, tal fato é retratado por **Leandro Sousa Bessa (s/d, on-line)**:

A ponderação, portanto, é técnica indeclinável, mercê da complexidade de nossa sociedade e da própria Constituição. Logicamente que não pode este instrumento ser desvirtuado a ponto de tornar-se ferramenta para uma interpretação totalmente dependente da subjetividade do intérprete. É nesta perspectiva que surge a necessidade de fixação de parâmetros dentro dos quais deve funcionar a ponderação. Com efeito, a ponderação, desde que observados os parâmetros citados, aparece como técnica destinada a garantir certa uniformidade das decisões, bem como alguma previsibilidade das consequências advindas de conflitos de direitos, visto que devem ser os mesmos critérios utilizados, como tática para fugir da subjetividade.

Compreendido o método da ponderação, importante se faz o estudo do Princípio da Razoabilidade (ou proporcionalidade) para a definição da melhor utilização do método da ponderação para a solução do conflito ora analisado, afinal de contas, trata-se de princípio extremamente importante, principalmente quando se trata da colisão entre valores constitucionalizados.

Esse é o entendimento apontado pela recente doutrina brasileira que aborda que o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade possui excelentes motivos para utilização do método da ponderação nas Constituições modernas.

Apesar de ser analisado por muitos autores como sendo sinônimos, Bornholdt (2005, p. 166) aponta que, não se deve confundir princípio da proporcionalidade com o da razoabilidade, veja:

Não se deve confundir, como o faz (ainda que conscientemente) parcela da doutrina pátria, o princípio da proporcionalidade com a simples exigência de razoabilidade, derivada do direito norte-americano. Aquele possui um efetivo conteúdo, consistente numa exigência de racionalidade ou racionalização, não se limitando à figura de um “princípio negativo”, exclusivamente impeditivo ao arbítrio. Não seria descabido, pois, acrescentar ao raciocínio exposto que a proporcionalidade confere um maior poder ao Judiciário, quando da análise de uma colisão entre princípios constitucionais, de uma lei ou mesmo de um ato administrativo. Não basta que a medida seja razoável; será necessário, ainda, que a proporção que se conferiu cada interesse (ou direito) em jogo não seja ultrapassada. Por outro lado, mesmo aquelas dimensões em que o princípio substantivo do *due process* se manifesta com mais intensidade, como na defesa das liberdades fundamentais (*Bill Of Rights*), pareceria um pouco apresada a equiparação da metódica utilizada pela Suprema Corte, com os métodos desenvolvidos pelo direito germânico.

Para o professor em comento, a distinção se faz necessária uma vez que o princípio da proporcionalidade confere poderes mais amplos ao judiciário no momento de uma colisão de direitos do que a simples razoabilidade, ou seja, não pode a decisão ser apenas razoável, ele deve assegurar que a proporção atingida nos direitos em conflitos não seja ultrapassada.

Para que esse princípio da proporcionalidade possa ter validade a partir de critérios metodológicos, ele foi decomposto em três subprincípios, a saber: princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Alexy (2011) denomina que a máxima da proporcionalidade é composta de três máximas parciais, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, em sentido estrito. O autor afirma que na máxima da necessidade a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e se não se puder substituí-la por outra menos gravosa; no que diz respeito à máxima da adequação, afirma que, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido, ou seja, exclui a adoção de medidas que obstruam a realização de um princípio sem promover outro princípio ou objetivo para o qual eles foram adotados; e por fim referente a máxima da proporcionalidade, a qual para o autor constitui-se na expressão da otimização no que tange às possibilidades jurídicas.

De forma resumida, o subprincípio da adequação impõe que a medida cabível seja correlata ao fato que pretende regular, ou seja, adequação da medida aplicada ao caso concreto. O subprincípio da necessidade por sua vez determina e estabelece que se utilize do meio menos prejudicial aos direitos em conflitos, propaga a ideia de menor prejuízo ao indivíduo. E por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à solução dos conflitos entre direitos diferentes, por meio do modelo de ponderação.

Assim, fica evidente que, a utilização do princípio da proporcionalidade com “regra de ponderação” em meio à colisão de princípios é essencial. Em se tratando de princípios norteadores do direito penal ambiental em estudo (Princípio do *In Dubio pro Reo* e Princípio do *In Dubio pro Nature*), não seria diferente.

Renata Maciel Cuiabano (2001, p. 318) traz de forma clara essa reflexão ao afirmar que, “a aplicação do princípio da proporcionalidade pode assim atuar como critério de verificação da arbitrariedade existe ou nas leis ambientais, ou no processo de sua aplicação”.

Portanto, no caso concreto, no momento da solução de crime ambiental, o aplicador do direito deve ponderar com proporcionalidade a utilização do Princípio do *In Dubio pro Reo* e do Princípio do *In Dubio pro Nature*, valendo-se das circunstâncias de cada caso para definir qual o princípio deve prevalecer.

Contudo, é sempre bom lembrar que, “a questão ecológica é uma questão social, e a questão social só pode ser adequadamente trabalhada hoje como questão ecológica” (DERANI, 2009, p. 125).

Porém, a “grande e, talvez, a maior dificuldade em construir um Estado de Direito Ambiental é transformá-lo em um Estado de justiça ambiental” (LEITE, 2008, p. 158), o que demonstra a necessidade de transformação do direito ambiental em prol da democracia ambiental, como pressuposto básico a vida humana.

As exigências de justiça ambiental reconduzem-se fundamentalmente à proibição de discriminação ambiental. Por injustiça ou iniquidade ambiental entende-se qualquer decisão, seleção, prática administrativa ou atividade material referente à tutela do ambiente ou transformação do território, que onere, em termos discriminatórios, indivíduos, grupos ou comunidades, designadamente os pertencentes a minorias populacionais, em virtude de raça, situação econômica ou localização geográfica (DERANI, 2009, p. 155/157).

Portanto, o Princípio do *In Dubio pro Reo* somente poderá prosperar se não houver grandes prejuízos ao meio ambiente, pois em caso contrário, o Princípio do *In Dubio pro Nature* deve prevalecer, para que não ocorra a retroatividade na legislação ambiental brasileira, conforme já relatado neste capítulo, com a retirada total da responsabilidade penal do agente causador do dano ambiental, mesmo porque, o Princípio do *In dubio pro Nature* é regra mais importante da hermenêutica jurídica ambiental.

Ao aplicar esse ensinamento na prática observa-se, por exemplo, que o infrator do crime de pesca, previsto no art. 34 c/c art. 36 da Lei nº 9.605/98, somente será possível a aplicação do Princípio do *In Dubio pro Reo* se não houver grandes prejuízos ao meio ambiente, caso contrário, se os animais pescados estiverem em extinção ou a quantidade pescada tender ao extermínio da espécie naquele local, a aplicação do Princípio do *In Dubio pro Nature* deve prevalecer.

Como se pode observar, a aplicação ou não de cada princípio deve ser analisada no caso concreto, considerando as condições ambientais do delito e a manutenção ou não da qualidade ambiental do local.

Definir critérios para estabelecer se o dano ambiental é realmente intenso ou não, bem como se existem requisitos para sua incidência, é fator que deve ser observado caso a caso, pois diversos pontos devem ser verificados, o que somente será possível após uma análise do caso concreto, o seja, somente é possível definir qual o princípio deve prevalecer se for analisada a real perca ambiental no caso.

E como analisar/mensurar essa perca ambiental no caso concreto? Os diversos instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981) podem contribuir para a verificação dessa qualidade ambiental e do real estágio que o ambiente encontra-se após a incidência da infração, como exemplo tem-se a realização de avaliações de impactos ambientais e de licenciamento/revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, instrumentos estes previstos nos incisos III e IV da citada Política.

Ademais, frisa-se que, o Princípio do *In dubio pro Nature* não deve ser visto como um princípio absoluto, nem como regra axiomática que deve sobrepor em todos os casos. Na realidade, nada mais é do que um parâmetro a ser aplicado e explorado no uso do método da ponderação, uma vez que se trata de princípio basilar do direito penal ambiental. Não sendo, assim, possível afastar o Princípio do *In Dubio pro Reo* da ordem jurídica brasileira, mesmo porque, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada, contudo, em casos específicos com indicação de fatores preponderantemente prejudiciais ao meio ambiente será possível o afastamento deste princípio.

Deve-se considerar, assim, que o Princípio do *In Dubio pro Reo* imbrica-se ou colide com o Princípio do *In dubio pro Nature* apenas nos casos em que houver grandes prejuízos ao meio ambiente, mesmo porque, este Princípio representa a regra mais importante do direito ambiental.

Outro ponto de surge nesta temática é o questionamento acerca do afastamento da presunção de inocência e o que este afastamento pode contribuir para a proteção ambiental? Por que a condenação, em caso de dúvida, protegeria mais o meio ambiente? Neste caso não se trata apenas da condenação, pois considerando o Princípio do *In dubio pro Nature*, será possível criar mecanismos para recuperação da área degradada, bem como ações para a melhoria da qualidade ambiental, o que não seria possível se houvesse apenas a aplicação do Princípio do *In Dubio pro Reo*.

Por fim, indo além da aplicação dos princípios ao caso concreto, deve-se observar que também no momento da elaboração de Políticas Públicas é essencial a garantia da aplicação os ditames trazidos pelo Princípio do *In dubio pro Nature*, pois, assim, estarão garantidas normas que consideram a qualidade ambiental e não atribuirão grandes prejuízos ao ambiente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo buscou-se descobrir qual princípio deverá prevalecer nos casos em que houver colisão entre o Princípio do *In Dubio pro Reo* e o Princípio do *In Dubio pro Nature*, em matéria de direito ambiental, haja vista que atualmente cada vez mais se torna necessário definir critério para solução de conflitos que envolvam tais Princípios, mesmo porque, ambos não contrariam os ditames previstos na Constituição Federal.

Estudou-se que, em matéria de direito penal, na falta de provas cabais, que possam ensejar um decreto condenatório, faz-se necessária a aplicação do princípio do *In Dubio pro Reo*, contudo, na esfera ambiental, existindo conflito entre normas, o aplicador do direito deve priorizar a norma mais benéfica ao meio ambiente, ou seja, aplicar o princípio do *In Dubio pro Nature*.

Sabe-se que havendo colisão entre princípios, ela deverá ser analisada com base no método de ponderação para melhor resolução desse conflito, fazendo-se necessário ponderar ambos os princípios

para chegar ao denominador comum para o caso *sub judice*, da maneira mais justa, bem como se deve aplicar a técnica do sopesamento, em que deverá prevalecer o princípio que é mais importante para o caso concreto, ou seja, aquele que tiver maior peso, para que se possa chegar ao melhor resultado, sendo que tal sempre dependerá das variáveis do caso concreto.

Assim, no caso concreto, no momento da solução de crime ambiental, o aplicador do direito deve ponderar com proporcionalidade a utilização do Princípio do *In Dubio pro Reo* e do Princípio do *In Dubio pro Nature*, valendo-se das circunstâncias de cada caso para definir qual o princípio deve prevalecer, sendo certo que, o Princípio do *In Dubio pro Reo* somente poderá prosperar se não houver grandes prejuízos ao meio ambiente, caso contrário, o Princípio do *In Dubio pro Nature* deve prevalecer.

Afinal de contas, não se podem definir critérios específicos sobre os diversos danos ambientais existentes, o que deve ser observado caso a caso, pois diversos pontos devem ser verificados, existindo a favor dos aplicadores do direito diversos instrumentos já predefinidos pela Política Nacional de Meio Ambiente (Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981), como por exemplo, as avaliações de impactos ambientais e o licenciamento/revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, os quais podem contribuir para a verificação dessa qualidade ambiental e do real estágio que o ambiente encontra-se após a incidência da infração.

Portanto, a questão que circunda o presente artigo não é verificar se, em caso de dúvida, a condenação protegeria mais o meio ambiente, mas sim possibilitaria que no caso concreto, considerando o Princípio do *In dubio pro Nature*, seria possível criar mecanismos para recuperação da área degradada, bem como ações para a melhoria da qualidade ambiental, o que não seria possível se houvesse apenas a aplicação do Princípio do *In Dubio pro Reo*, ou seja, se a relação de causalidade entre meio (afastar presunção de inocência) e fim (proteção da natureza) pode ser assim considerada para benefício de toda a sociedade e não apenas do suposto infrator.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídico**. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *In: Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. 1, v. I, n. 4, jul./2001, p. 1-36. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-humberto-avila.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2014.

BENJAMIN, A. H. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. *In: Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. Org. José Joaquim Gomes Canotilho; José Rubens Moraes Leite. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 57- 130.

BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de Direitos Fundamentais: Propostas de Solução**. s.d. Disponível em: <conpedi.org/manuel/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 9. ed. São paulo: Saraiva, 2004.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra, Almedina, 2000.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, I.M. Constitucionalidade / inconstitucionalidade: uma questão política? *In: Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun./2000. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs-2.2.4/index.php/direito/article/download/1800/1497>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

CUIABANO, Renata Maciel. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Ambiental**: Breves Exemplos de Implementação no Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, 2001. p.317-322. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs-2.2.4/index.php/direito/article/download/1800/1497>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

DERANI, C. **Direito ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, P. J. L. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

FARIAS, T. Q. Responsabilidade civil em matéria ambiental – os danos materiais, os danos morais e o meio ambiente. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 37, fev 2007a. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1676>. Acesso em 02 jan 2013.

_____. A edificação urbana à margem de rios e de outros reservatórios de água em face do código florestal. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 37, fev. 2007b. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1677>. Acesso em 03 jan 2013.

_____. **Competência legislativa em matéria ambiental**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1405, 7 maio. 2007c. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9811>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11 ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCIA, F. C. O. **Princípios constitucionais do Processo Penal**. s.d. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos910/principios-constitucionais-processo/principios-constitucionais-processo2.shtml>>. Acesso em: 03 jan. 2013

JESUS, D. **Direito Penal**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

JUSBRASIL. **Definições para “Princípio in dubio pro reo”**. s.d. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/292966/principio-in-dubio-pro-reo>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção Mínima x Precaução: Conflito entre Princípios no Direito Penal Ambiental? 2007. Disponível em: <<http://direitoerisco.com/site/artigos/Interven%20E7%20E3o%20M%20EDnima%20x%20Precau%20E7%20E3o%20Conflito%20entre%20Princ%20EDpios%20no%20Direito%20Penal%20Ambiental%20-%20Karin%20Kassmayer,%20Paulo%20C%20E9sar%20Busato.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2013.

LEITE, J. R. M. Sociedade de Risco e Estado. *In: Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. Org. José Joaquim Gomes Canotilho; José Rubens Moraes Leite. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p, 131- 204.

LEUZINGER, M. D.; CUREAU, S. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARTINS, A. G. F. **O princípio da Precaução no Direito do Ambiente**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

MARTINS, A. C. M.; CADEMARTORI, L. H. U. Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9952>>. Acesso em: 4 jan. 2013

MILARÉ, É. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2009.

MIRANDA, R. N. **Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

NUCCI, G. S. Código de Processo Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

REIS, P. O. Aplicação efetiva do Princípio da Precaução. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9664&revista_caderno=5>. Acesso em dez 2012.

SANTOS, J. C. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. rev. atual. Florianópolis: conceito editorial, 2010.

SILVA, V. A. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. v. 1, 2003, p. 607-630. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/19604888/1457260705/name/Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da%20Silva%20-%20Princ%C3%ADpios.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2013.

SIRVINSKAS, L. P. **Manual de Direito Ambiental**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

STUMM, Raquel Denise. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 77.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A necessidade de políticas públicas ambientais municipais e participação popular para coibir as brigas de galo

The need for municipal environmental policies and popular participation to curb cockfighting

Marco Lunardi Escobar
Lucia Santana de Freitas
Gesinaldo Ataíde Candido

A necessidade de políticas públicas ambientais municipais e participação popular para coibir as brigas de galo

The need for municipal environmental policies and popular participation to curb cockfighting

Marco Lunardi Escobar
Lucia Santana de Freitas
Gesinaldo Ataíde Candido

Resumo

O artigo aponta a falta de políticas públicas em nível municipal diante de um problema ambiental no Nordeste brasileiro: as brigas de galos. Percebe-se que é necessário maior eficiência no controle por parte dos gestores das prefeituras, em função de que a maioria das ações para reprimir essas práticas e operações que fecharam locais de rinhas não contam com a participação dos órgãos ambientais municipais, e de que é preciso maior participação popular para ajudar na fiscalização. O recorte espaço-temporal é o estado do Rio Grande do Norte, de 2010 a 2012. O objetivo desta pesquisa é demonstrar que o município possui competência legal para o controle das brigas de galo, sendo, portanto, dever de todas as esferas da administração pública, bem como da sociedade civil, cooperar com a preservação ambiental. Utilizam-se como procedimentos metodológicos a pesquisa bibliográfica e documental, com análise da legislação aplicável. Também levantaram-se dados secundários nos órgãos que realizam as operações de combate às brigas de galos no Estado. A partir desses procedimentos, conclui-se que existem obrigações por parte dos gestores de coibir as práticas que possam representar crueldade contra os galos.

Palavras-chave: Gestão ambiental municipal. Brigas de galos. Participação popular.

Abstract

The article points out the lack of public policies at the local level before an environmental problem in the Northeast: the cockfights. We notice that greater efficiency is needed in control by managers of municipalities, on the basis that most actions to curb these practices and operations that closed local arenas do not count with the participation of municipal environmental agencies, and that is need help for greater popular participation in the audit. The space-time is the state of Rio Grande do Norte, from 2010 to 2012. The objective of this research is to demonstrate that the city has the legal authority to control cockfighting, and therefore the duty of all spheres of government as well as civil society, cooperating with environmental preservation. Are used as instruments to bibliographic and documentary research, with analysis of the applicable law. Also rose secondary data in

the organs that carry out combat operations to cock fights in the state. From these procedures, it is concluded that there are obligations on the part of managers to curb practices which may constitute cruelty to the roosters.

Keywords: Municipal environmental management. Cockfights. Popular participation.

1 Introdução

Apesar de reconhecer-se a importância dos recursos naturais a todos, inexistente um consenso de como geri-los da melhor maneira, pois nem todos os setores públicos e não governamentais estão com disposição de arcar com os custos dessa governança e criação de possíveis restrições/limitações de uso.

Dessa forma, tratar de questões ligadas à natureza é lidar com conflitos e com políticas públicas; e necessário se faz a compreensão de que política pode ser a resolução pacífica de uma problematização ambiental.

O papel e a atuação dos municípios tornam-se cada vez mais importantes atuantes nas questões ambientais e o controle nessa esfera assume uma condição imprescindível, visto que os problemas ambientais acompanham o crescimento econômico, o que traz risco local e global que envolve a contaminação da água, do ar e do solo e o efeito estufa, dentre outros problemas.

Para uma efetiva proteção do meio ambiente, é importante que as prefeituras também criem políticas públicas e participem das ações fiscalizadoras. É na esfera local que os problemas são vivenciados de forma direta e mais facilmente resolvidos, devido à possibilidade de envolvimento da comunidade na tomada de decisões e no desenvolvimento de ações preventivas e recuperadoras do meio ambiente.

Em várias cidades do Nordeste brasileiro persiste uma prática competitiva que preocupa: a promoção das brigas de galo. A realização desses eventos com animais, que ocorre sempre de forma clandestina, é constantemente denunciada pelos órgãos ambientais e meios de comunicação.

Essa provocação de lutas entre galos envolve agressividade e crueldade que, quando não resulta em morte, acarreta a inutilização de partes do corpo das aves, como olhos, pernas e asas, entre outros órgãos (HIRATA, 2008).

Nesse contexto, a partir de um estudo de caso das rinhas de galos, a pesquisa analisa o controle estatal do meio ambiente, que possui a prerrogativa da fiscalização ambiental, e sua interface com a municipalização, a fim de verificar a participação ou não dos órgãos em nível municipal para a proteção da fauna, em especial às aves que são vítimas de maus tratos ao serem colocadas para combate.

Tratar-se-á da falta de coordenação entre as instituições para promover o efetivo controle das agressões à fauna. O objetivo deste trabalho é sugerir que os entes municipais façam uso da competência legal que possuem, de maneira a auxiliar no controle das rinhas de galo. Trata-se, então, de uma obrigação de todas as esferas da administração pública, assim como da sociedade civil organizada cooperar com a preservação ambiental.

A pesquisa tem como escopo espaço-temporal o estado do Rio Grande do Norte, de 2010 a 2012, com análise das operações que resultaram no fechamento dos locais onde eram realizadas as rinhas de galo.

Como procedimentos metodológicos, utiliza-se a pesquisa bibliográfica e documental, com análise da legislação aplicável. Também levantaram-se dados secundários nos órgãos que realizam as operações de combate às brigas de galos no Estado.

2 A proteção à fauna

Para Morandi e Gil (1999), o processo de gestão de recursos naturais implica em um processo constante de análise, um sistema constituído por decisão, organização, controle das atividades de desenvolvimento,

bem como avaliação dos resultados para melhorar a formulação de políticas e implementação destes para as gerações futuras.

Ao analisar a Política Nacional do Meio Ambiente, depreende-se que o objetivo é a harmonização do meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico, a partir da conciliação da proteção do meio ambiente, de um lado, e o desenvolvimento socioeconômico, de outro, visando assegurar condições necessárias ao progresso, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

A Política Nacional de Meio Ambiente indica que, para obter seu alcance, necessita-se do cumprimento dos objetivos arrolados no Art. 4º da Lei nº 6.938/81:

A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I - a compatibilização do desenvolvimento socioeconômico com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;

II - a definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (BRASIL, 1981).

Diante dos atuais problemas ambientais, da grande relevância do meio ambiente, e ainda com a necessidade de fixação de medidas protetivas ao meio, a Constituição Federal de 1988 reservou um capítulo para a sua regulamentação, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, sendo de competência comum da União, Estados e Municípios sua proteção, combatendo a poluição em qualquer de suas formas e a preservação da fauna e da flora.

Nas últimas décadas, a crescente intensidade dos desastres ecológicos despertou a consciência ambientalista, que se generaliza em toda a sociedade, ao mesmo tempo em que se apregoa a necessidade da atenção das autoridades para o problema da degradação e da destruição do meio ambiente.

Dessa situação, adveio a necessidade da sua proteção jurídica, com o combate, pela lei, de todas as formas capazes de perturbar o equilíbrio ecológico, surgindo uma legislação ambiental que o elevou à condição de direito fundamental.

Stefanello (2003, p. 04) defende a Gestão Ambiental Compartilhada entre Estado e Municípios. O autor aponta que várias normas foram criadas, tanto em âmbito federal, como estadual e municipal, que estabeleceram diversos instrumentos com o escopo de preservar o meio ambiente, recuperá-lo de possíveis danos e punir os responsáveis.

A ação predatória do meio ambiente pode se realizar de várias maneiras, quer na destruição dos elementos como a derrubada de matas, quer contaminando-o com substâncias que lhe alterem a qualidade, impedindo o seu uso normal, como acontece com a poluição do ar, das águas, do solo e da paisagem. E é nestes e para estes casos que devem ser utilizados os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, e ser aplicadas normas mais rígidas.

Dessa forma, a Lei nº 9.605/98 foi decorrente da necessidade de normatização das condutas que afetam o meio ambiente a nível nacional. Com o patrimônio natural inestimável, buscaram-se o controle e a punição das ações danosas à natureza, para a garantia de que tal patrimônio se perpetue no tempo.

Diversos são os problemas ambientais que os municípios precisam enfrentar. Para Nalini (2003, p. 49), as águas de rios, de ribeirões, de riachos, de lagos e de represas são contaminadas por resíduos agrícolas, esgotos, resíduos industriais, lixo ou sedimentos vindos da erosão. Considerando a necessidade do município em garantir o abastecimento humano, sua atuação no controle de tais fontes de contaminação é fundamental para a preservação dos mananciais que ainda restam, para que as populações locais possam dispor de reservas de água potável para sua sobrevivência.

Para a efetiva proteção ambiental, compete à administração pública incentivar a participação da sociedade, como propõe Giaretta, Fernandes e Philippi Jr (2010). Para os autores, esta participação deve ser fomentada pela promoção de canais abertos, porém, a cobrança quanto ao espaço e à partilha efetiva do poder é fundamental que exista por parte da sociedade. Dessa forma, a coletividade não fica à mercê da execução do processo, mas também busca sua inserção nas tomadas de decisão em nível municipal (GIARETTA, FERNANDES; PHILIPPI JR., 2010).

O desafio para as administrações públicas municipais é combater os problemas mais frequentes nos municípios. A degradação e a destruição da cobertura vegetal ganham mais espaço nos noticiários, mas falta a abordagem de outros danos ambientais comumente encontrados e mais citados pelos autores, como é o caso dos maus tratos aos animais, especificamente no caso das brigas de galos a ser tratado a seguir.

3 As normas ambientais e a defesa animal

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de normas – leis, decretos e portarias - que se referem à fauna nativa quando especificam a atividade da caça, regras de proteção dos animais e condições de criação. E a Constituição Federal, no art. 225, VII trata, de um modo mais generalista, da flora e da fauna: “Art. 225 (...) Inc.VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade”.

Assim, os animais domésticos existentes no país e também os animais silvestres, asselvajados ou ferais (descendentes de animais domésticos), estão entre os seres vivos que devem ser protegidos no Brasil contra a crueldade (BRASIL, 1988).

O Brasil é um dos países signatários da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, que, além de preservar o direito do animal contra a crueldade, veda sua utilização como forma de diversão humana (UNESCO, 1978). Importante destacar o artigo da Declaração que claramente prevê a proibição deste emprego de animais em espetáculos: “Art. 10) Nenhum animal deve ser usado para divertimento do homem. A exibição dos animais e os espetáculos, que utilizam animais são incompatíveis com a dignidade do animal”.

Porém, na última década, a prática das rinhas de galo, por alguns considerada esporte, passou a preocupar as autoridades e ambientalistas em todo o país. Isso porque sua realização pode constituir crime de crueldade contra os animais, previsto no artigo 32 da Lei nº 9.605/98, cuja pena vai de três meses a um ano de detenção, além do pagamento de multa. A pena sofre aumento que varia de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal, além de multa (BRASIL, 1998).

Fiorillo (2009, p. 32) conceitua o meio ambiente como o “[...] âmbito de desenvolvimento de vidas, sejam elas do homem, animais ou vegetais”, visto seu aglomerado formar um corpo social que precisa do convívio constante entre esses integrantes.

No ambiente são desenvolvidas diversas atividades criadas e voltadas exclusivamente para atender à demanda gerada pela vida do homem em sociedade. Os indivíduos desenvolvem um meio ambiente de forma que suas necessidades sejam prontamente atendidas. O ambiente, onde antes predominava aquilo que determinava a natureza, passou a ser alvo de mudanças em prol de um desenvolvimento social, conforme Fiorillo (2009).

No Brasil, as leis referentes à fauna nativa tratam a respeito da caça, sua proteção e condições de criação. Porém, a Constituição Federal, no art. 225, VII, da CF/88, trata, de um modo mais geral, da flora e da fauna. Assim, os animais domésticos existentes no país e também os animais silvestres, asselvajados ou ferais (descendentes de animais domésticos), estão entre os seres vivos que devem ser protegidos no Brasil contra a crueldade (BRASIL, 1988).

Em nosso país, todos os animais, em qualquer que seja o *habitat*, constituem bens ambientais vivos, integrantes dos recursos ambientais compreendidos na natureza. Para Escobar e Aguiar (2012), fazem parte do meio ambiente, sem qualquer exceção, sem discriminação ou exclusão de espécies ou categorias, conseqüentemente, são protegidos sem discriminação pelo conjunto de normas ambientais.

Conforme Singer (2000), há três vezes mais animais domésticos neste planeta que seres humanos. Para o autor, a igualdade dos humanos para com as espécies é negada, porque “[...] esta atitude reflete um preconceito popular contra a idéia de levar os interesses dos animais a sério” (SINGER, 2000, p. 286).

3.1 Maus tratos a animais: as rinhas de galo

A rinha de galo é uma prática considerada crime ambiental na principal legislação que protege os animais, a **Lei Federal 9.605/98**, conhecida como **Lei dos Crimes Ambientais**. O artigo 32 condena “[...] o ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos” e prevê pena de detenção de três meses a um ano, além de multa (BRASIL, 1998).

Com a Lei de Crimes Ambientais em vigência, e a partir da pressão de ONGs e movimentos ambientalistas, são realizadas operações para coibir as lutas de galos realizadas de forma clandestina. Polícia Federal, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis, Ministério Público e demais órgãos policiais constantemente realizam o fechamento das arenas, apreendem animais e materiais utilizados para as disputas (ESCOBAR; AGUIAR, 2012, p. 280).

Essa prática de colocar os animais para briga é normalmente acompanhada por cidadãos que realizam apostas. Assim, pode constituir também contravenção penal de jogo de azar, prevista no artigo 50 da Lei de Contravenções Penais – Decreto Lei nº 3.688/41, com pena de prisão de três meses a um ano, multa e perda dos móveis do local (BRASIL, 1941). Atualmente, os órgãos ambientais constantemente realizam o fechamento e apreensões em locais utilizados para rinha de galos pelo Nordeste brasileiro, inclusive em capitais e várias cidades do interior.

Porém, verifica-se a falta de atuação dos municípios, que, normalmente, não promovem ações de fiscalização a tal prática nem acompanha os órgãos das demais esferas durante essas operações de combate às rinhas de galo.

3.2 A competência do município em matéria ambiental e a necessidade de políticas públicas para coibir as rinhas de galos.

A Constituição Federal atribui claramente competência comum à União, aos Estados e aos Municípios para proteger os recursos naturais, o que inclui a fauna (BRASIL, 1988).

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
VII – preservar as florestas, a fauna e a flora;...

Fica claro, então, que o setor público tem a obrigação de defender o meio ambiente tanto quanto a coletividade, como nos apresenta a Constituição Federal. Isso pressupõe políticas públicas, formuladas em conjunto com a sociedade, para cumprir com esse dever que se estende às presentes e às futuras gerações.

Na esfera ambiental, as políticas públicas competem de forma comum de todos os entes federados e devem envolver a sociedade, tal como prevê a Carta Magna. Porém, os instrumentos e o sistema institucional criado pela Política Nacional do Meio Ambiente, lei federal em vigor desde 1981, enfrenta limitações na sua implementação. Uma das deficiências é a fragilidade institucional de maneira a se chegar a um acordo na formulação de políticas entre Municípios, Estados, Distrito Federal e União.

Tal fragilidade de conversação entre os entes federados compromete a gestão ambiental compartilhada proposta por alguns órgãos estaduais ambientais e municipais que já atuam conjuntamente e demonstram sucesso no controle ambiental a partir desse tipo de parceria.

O ponto principal de limitação dessa gestão ambiental compartilhada está ligado aos municípios, pelo fato de serem as esferas governamentais com maiores fragilidades na governança, em função das dificuldades de capacidade, falta de instalações, estrutura e corpo técnico capacitado.

Nos casos desta pesquisa - os danos às aves verificados nas rinhas – e em qualquer situação de prejuízos ao meio ambiente, cabe aos Municípios legislar de forma supletiva sobre a proteção ambiental na esfera do interesse local.

A partir de uma legislação municipal e específica para esta matéria pode-se auxiliar a tornar eficazes os demais instrumentos de controle e fiscalização, a exemplo das atuações da Polícia Militar e do IBAMA. Vale ainda enfatizar que uma legislação supletiva não pode tornar sem aplicabilidade os efeitos da lei que pretende complementar, como é o caso da legislação dos crimes ambientais que proíbe os maus tratos.

Para o município, então, competem poderes implícitos para editar leis e para tomar medidas executivas de contenção das atividades prejudiciais à fauna, pelo fato de, como ente federado, encontra-se investido de suficiente poder de polícia administrativa para a proteção e controle ambiental dentro do território municipal.

A fiscalização ambiental, pelo exposto, tem a competência repassada aos municípios. Verificou-se que é necessário que o órgão estadual possa analisar em que condições os estados podem transferir essa competência ambiental aos municípios, de forma que garantam os mesmos níveis de proteção.

Ademais, temos que, pelo Princípio da Subsidiariedade que o setor público deve cumprir, existe a previsão de que o órgão público que tiver melhores condições poderá atuar. Assim quando existir alguma omissão, falha ou ineficiência, pode outro órgão ambiental fazer o controle e licenciamento.

A gestão ambiental busca, em caráter prioritário, formas de integração com a comunidade, para que ela atue como participante efetiva do processo de licenciamento de atividades e empreendimentos em um município.

Ao analisar o processo de fiscalização das rinhas de galo, a pesquisa propõe que deveriam ser realizadas operações por parte dos órgãos ambientais municipais. Porém seria adequada essa atuação apenas para os municípios que possuem estruturação e corpo técnico capacitado.

Pelo estudo das normas vigentes já demonstradas neste artigo, verifica-se que o município possui todos os requisitos previstos, portanto tem competência legislativa e administrativa para atuar na preservação da fauna.

O advento da municipalização do controle ambiental em várias cidades brasileiras trouxe o desafio para os demais órgãos estaduais e federais, que necessitam buscar apoio das prefeituras, que devem ter condições de assumir a gestão dos problemas como a briga de galos.

Esse aspecto, aliado ao estágio de formação de corpo técnico capacitado para uma atuação multidisciplinar, exige o acerto do momento de compatibilização da delegação, de modo que ocasione a otimização dos procedimentos da administração pública, possibilitando que as decisões administrativas sejam cada vez mais integradoras e mais ágeis.

Verifica-se que, em vez de esperar pelas polícias e demais órgãos ambientais da União e do Estado, é a prefeitura municipal que está mais próxima para exercer o controle das agressões à fauna. Porém, pelo pesquisado se observa que o Nordeste ainda carece de iniciativa por parte da governança, bem como a contratação de profissionais nos órgãos municipais para que possa exercer uma efetiva gestão ambiental.

3.3 A falta de políticas públicas: seria falta de interesse?

A partir do arcabouço legislativo já apresentado, entende-se que é possível a adoção de políticas públicas no sentido de garantir a integridade dos animais, pelo fato do ordenamento jurídico brasileiro permitir que os municípios atuem com políticas voltadas para a natureza. Assim, podem os órgãos ambientais municipais vedar nos respectivos territórios, o uso e criação dos galos para a finalidade de rinha.

Percebe-se que, da mesma forma como ocorre com os seres humanos, nem todos direitos/interesses dos animais merecem a atenção do sistema jurídico atual. Faver (2011) questiona se o interesse animal estaria em conflito com os interesses dos seres humanos ou do governo. O professor de Direito da Universidade do Estado de Michigan acredita que o sistema jurídico atual deveria fornecer alternativas a partir dos recursos disponíveis. E sobre a necessidade de políticas públicas para os animais, entende que os interesses é que precisam ser levados em consideração (FAVER, 2011, p. 131).

Será que outras políticas públicas superam os interesses dos animais? Como quase nenhum interesse humano é absoluto, nem qualquer interesse dos animais deve ser absoluto. O interesse crítico de cães e gatos para se reproduzir têm sido significativamente perturbado por leis que ordenam a esterilização devido á preocupações com a política pública para animais de população elevada.

Para a sensibilização e efetiva adoção de políticas, Colluci (2011) apresenta que se trata de uma obrigação do setor público o dever de preservação da vida animal, pela autora considerado como emanção do princípio da “sadia qualidade de vida”.

Ressalta que a insuficiência da fiscalização, atos de improbidade administrativa por parte das esferas governamentais, a ignorância, a perversidade humana e longos séculos de maus tratos aos animais, ainda são sérios obstáculos à sua efetivação na nossa sociedade.

A autora sugere que instrumentos como a “[...] educação ambiental, somada à publicidade, às políticas públicas e à tomada de consciência de que sem a preservação e o respeito aos animais não se alcançará a sadia da qualidade de vida” (COLLUCI, 2011, p. 281). Essas iniciativas que gerem políticas públicas podem trazer garantias à sociedade e, sem dúvida, operar transformações significativas na mentalidade das presentes e futuras gerações.

3.4 A participação da sociedade civil como auxiliar na gestão ambiental

Os entes municipais constituem o âmbito cuja ação pode produzir efeitos além dos limites geográficos e de autonomia política (GIARETTA, FERNANDES; PHILIPPI JR., 2010). Além das prefeituras, os cidadãos também estão mais próximos dos problemas ambientais como as agressões à fauna. Nesse caso das rinhas de galo, é clara a obrigação da coletividade de denunciar e cobrar dos entes públicos uma atuação para coibir os danos às aves.

Esta obrigação é constitucionalmente prevista (BRASIL, 1988):

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A partir da leitura, conclui-se que o dever jurídico de proteção ambiental é atribuído não apenas ao Poder Público, mas também à coletividade, tratando-se, portanto, de um dever solidário, de uma responsabilidade da governança a ser compartilhada com a sociedade civil.

A necessidade de participação da sociedade civil em instrumentos da política ambiental brasileira emerge com intenção de dar uma resposta efetiva à crescente busca por um regime democrático capaz

de confrontar problemas e conflitos ambientais que são, dada sua natureza, extremamente complexos e, portanto, não fáceis de serem resolvidos por uma perspectiva unidisciplinar, mas sim por uma visão interdisciplinar.

Nesse contexto é necessário aqui citar James e Blamey (1999), ao desenvolverem estudos sobre a participação pública em tomada de decisão na Austrália.

Segundo os pesquisadores, existem em torno de trinta abordagens que tratam da participação da sociedade em processos de decisão em questões ambientais. Porém, de nada adianta essa diversidade se a participação efetiva e prévia não se efetivar. Os autores demonstram na prática essa retórica ao relatarem os problemas ocorridos em um caso, usado como exemplo, por falta de participação social. James e Blamey descrevem que os insucessos em programas e políticas desenvolvimentistas são decorrência das inadequações dos projetos e da implementação, por falta de envolvimento e efetiva participação das populações locais.

Dessa forma, um plano de gestão ambiental necessita, para ter eficácia, da participação dos cidadãos, e quanto mais informações estiverem disponíveis sobre o ambiente, mais significativa será a participação pública (GIARETTA; FERNANDES; PHILIPPI JR., 2010).

As modalidades de participação popular que os autores demonstram são variadas, e cabe destacar os mais importantes para a fauna: Agenda 21, participação de audiência pública nos procedimentos licenciadores, zoneamento ambiental e representatividade nos comitês ambientais.

Ações judiciais também merecem ser destacadas como maneiras da população ofertar uma participação ativa. Para Losekann (2012, p. 07), a proposição de ações civis públicas e denúncia no Ministério Público devem ser usadas para “[...] rever decisões propostas pelo governo e entendidas como atos que contrariam os processos participativos”.

A propositura de Ação Popular e Mandado de Segurança Coletivo são ainda modalidades de a coletividade cumprir seu dever de ajudar a coibir os danos ambientais e colaborar com a administração pública. Acrescenta-se que também se constituem formas de participação popular as representações nos conselhos estaduais de meio ambiente bem como no órgão colegiado nacional, o CONAMA.

Não se pode esquecer ainda esse papel dos conselhos de meio ambiente nas suas diferentes esferas. Trata-se de órgãos criados para a participação popular, por meio dos representantes em um órgão colegiado. Os conselhos, inclusive, constituem a instância recursal que julga os casos de danos ambientais nos quais os autuados recorrem das decisões judiciais. Cabe lembrar que se destinam a ocupar o mesmo espaço os órgãos públicos, alguns setores empresariais, as organizações da sociedade civil, e, às vezes a Ordem dos Advogados do Brasil. O objetivo é uma discussão para se encontrarem soluções para o uso racional e adequado dos recursos e para a minimização/recuperação dos prejuízos à natureza, mesmo que os conselhos ambientais representem um local onde convivem setores da sociedade organizada que possuam interesses discordantes.

4 Aspectos metodológicos

Como procedimentos metodológicos, inicialmente o estudo utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental, com análise da legislação aplicável à fauna, de maneira a combater os maus tratos como as rinhas de galos.

Realizou-se pesquisa de dados secundários junto aos órgãos fiscalizadores – Companhia de Polícia Ambiental, IBAMA, Ministério Público do estado do Rio Grande do Norte e Polícia Rodoviária Federal. Foi possível levantarem-se as informações das operações realizadas para coibir as rinhas de galo dos anos de 2010 a 2012. Definiu-se esse período em função de se tratar de dados mais atuais, e pela disponibilidade das informações pelos órgãos públicos envolvidos no estudo.

Foram entrevistados, por meio de questões semiestruturadas, os responsáveis pela gestão ambiental nos órgãos estaduais e federais, e os comandantes do policiamento ambiental, no caso das informações levantadas junto ao Batalhão Ambiental da Polícia Militar.

5 O Combate às brigas de galo no Rio Grande do Norte

5.1 As operações de 2010 a 2012

Percebe-se que os gestores ambientais municipais não definem como prioridade o tratamento de aspectos da fauna tais como a realização das brigas de galos. O controle fica restrito aos órgãos policiais e ao Ministério Público e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, como constata neste presente estudo.

Constatou-se que, no ano de 2010, as atuações dos órgãos públicos foram basicamente em cima de campeonatos e de brigas isoladas das aves. Foi possível constatar flagrante da prática de maus tratos às aves. As cinco atuações no Estado do Rio Grande do Norte foram todas realizadas pela Polícia Militar, sendo quatro delas pela companhia especializada em crimes ambientais. Em apenas uma das operações, houve a participação de outra esfera de poder público, na cidade de Apodi/RN, onde o IBAMA realizou atuação conjunta na fiscalização que culminou com apreensão de galos de briga, apostadores e criadores. Percebe-se que não houve atuação dos órgãos ambientais municipais. O Quadro 1 sistematiza as realizações e resultados da operação no Rio Grande do Norte em 2010.

Quadro 1 – Levantamento das operações/fiscalizações com apreensões de galos de briga no Rio Grande do Norte em 2010

DATA	MUNICÍPIO	QUANTIDADE ANIMAIS	ÓRGÃO(S) ENVOLVIDO(S)
14/04/2010	Mossoró/RN	Não informado	Polícia Militar Ambiental
06/01/2010	Apodi/RN	40	Polícia Militar, Polícia Civil e IBAMA
13/06/2010	Ceará-Mirim/RN	72	Polícia Militar
08/11/2010	Maxaranguape/RN	11	Polícia Militar Ambiental
06/12/2010	Parnamirim/RN	12	Polícia Militar Ambiental

Fontes: Polícia Militar, IBAMA, Ministério Público Estadual, 2013.

No ano de 2011 a quantidade de operações, animais e pessoas apreendidas durante a realização de brigas de galo, foi menor. Nas três fiscalizações, porém, apenas a Polícia Militar Ambiental realizou os trabalhos. O Quadro 2, a seguir, expõe os dados e resultados das operações realizadas no Rio Grande do Norte com a finalidade de desmontar os locais onde eram realizadas as rinhas de galos:

Quadro 2 – Levantamento das operações/fiscalizações com apreensões de galos de briga no Rio Grande do Norte em 2011

DATA	MUNICÍPIO	QUANTIDADE ANIMAIS	ÓRGÃO(S) ENVOLVIDO(S)
02/03/11	Currais Novos/RN	29	Polícia Militar Ambiental
01/09/11	Jardim do Seridó/RN	2 feridos	Polícia Militar Ambiental
07/09/11	Mossoró/RN	42	Polícia Militar Ambiental

Fontes: Polícia Militar, IBAMA, Ministério Público Estadual, 2013.

Em 2012, conforme os dados dos mesmos órgãos analisados nesta pesquisa - Ministério Público Estadual, Polícia Militar, Polícia Civil e IBAMA -, foram fechadas cinco rinhas de galos no Rio Grande do Norte. Novamente o órgão de policiamento foi o responsável por todas as apreensões, e apenas em uma das diligências contou com a parceria do órgão federal, o IBAMA, que foi na última operação realizada no município de Touros/RN.

Quadro 3 – Levantamento das operações/fiscalizações com apreensões de galos de briga no Rio Grande do Norte em 2012

DATA	MUNICÍPIO	QUANTIDADE ANIMAIS	ÓRGÃO(S) ENVOLVIDO(S)
08/12/12	Touros/RN	88 (30 MORTOS, 58 FERIDOS)	Ibama e a Polícia Militar
05/12/12	Parnamirim/RN	Não informado	Polícia Militar Ambiental
27/09/12	Mossoró/RN	Não informado	Polícia Militar Ambiental
15/01/12	Mossoró/RN	Não informado	Polícia Militar Ambiental
10/06/12	Ceará-Mirim/RN	32	Polícia Militar Ambiental

Fonte: Polícia Militar, IBAMA, Ministério Público Estadual, 2013.

Identifica-se, da mesma maneira que, nos dois anos anteriores, uma maior presença fiscalizatória da Polícia Militar, por meio da companhia especializada em crimes ambientais, e uma pequena participação do órgão federal, o IBAMA. Percebe-se que os municípios do Rio Grande do Norte não cooperaram nem participaram das ações de controle às rinhas de galo.

Em 2013, novamente as brigas de galo continuaram a ser realizadas no Rio Grande do Norte. No dia 03 de fevereiro, a Polícia Rodoviária Federal apreendeu onze galos de briga na cidade de Canguaretama. As aves eram transportadas de um campeonato em João Pessoa-PB com destino ao município de Ceará-Mirim, próximo à capital Natal.

Figura 1 – Apreensão de galos de briga no Rio Grande do Norte



Fonte: Polícia Rodoviária Federal no Rio Grande do Norte (2013)

Em entrevista com o diretor da unidade do IBAMA no município de Mossoró, percebeu-se por parte do gestor a necessidade de apoio das demais esferas de órgãos ambientais:

Os danos causados ao meio ambiente são ameaça à coletividade e devem ser combatidos de forma eficaz por cada um de seus membros, sendo certo que a mudança do quadro que se apresenta hoje à sociedade passa, necessariamente, por alterações na conduta e compreensão humanas.

Em relação à estrutura e à fiscalização concernente ao IBAMA em Mossoró, no Rio Grande do Norte, este órgão conta com o apoio de sete fiscais e duas viaturas para a realização do trabalho de fiscalização, sendo que, dessas duas viaturas, muitas das vezes, uma delas é utilizada para as viagens de servidores que se deslocam para outras regiões como Pará, Mato Grosso e Rondônia, ficando a unidade do órgão federal com restrições de pessoal para a fiscalização e de veículo para atender a todas as demandas que são constantes, informou o gestor em entrevista.

Dessa forma, fica clara a necessidade de apoio das demais esferas de órgãos ambientais (estadual e municipal) para a realização das operações de fiscalização que podem inibir a prática das rinhas de galo. Diante das dificuldades do órgão federal que culmina em uma reduzida participação do IBAMA nos combates às brigas de galo, seria preciso maior presença dos órgãos municipais para garantir uma efetiva proteção à fauna.

5.2 Poder de polícia ambiental

Uma das formas de controle do cumprimento das normas ambientais é exercida pela Administração Pública por meio do Poder de Polícia. O conceito legal desse instituto encontra-se previsto no Código Tributário Nacional, que assim define:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

O Poder de Polícia é prerrogativa da Administração Pública, que legitima a intervenção na esfera jurídica do particular em defesa de interesses maiores relevantes para a coletividade, e desde que fundado em lei anterior que o discipline e defina seus contornos. Esse poder vem evoluindo com o passar dos

anos, da polícia geral, passou-se às polícias especiais, cuja atribuição peculiar é cuidar da elaboração e da aplicação de normas que regulam determinados negócios do Estado e de interesses da comunidade.

O Poder de Polícia Ambiental, em favor do Estado, é decorrência lógica e direta da competência para o exercício da tutela administrativa do ambiente. Machado (2008, p. 327-328) conceitua esta atividade:

Poder de polícia ambiental é a atividade da administração pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização, permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.

A importância da correta aplicação e exercício desse poder reflete-se tanto na prevenção de atividades lesivas ao ambiente, por meio do controle dos que estão sendo administrados, como em sua repressão, quando as autoridades notificam formalmente a ocorrência de uma infração às normas ambientais, ensejando o desencadeamento dos procedimentos para a proteção dos recursos ambientais agredidos ou colocados em situação de risco (MILARÉ, 2010).

O exercício do Poder de Polícia é, todavia, restrito ao Poder Executivo, tanto na regulação e controle de atividades lícitas, como na repressão de atividades ilícitas. Na concepção de Granziera (2009, p.273), em matéria ambiental, são as seguintes as ações relativas ao exercício do Poder de Polícia:

1. A fixação, por meio de regulamento de lei e sempre nos termos desta, de procedimentos administrativos e de normas e padrões ambientais, que permitam ao administrador exercer o controle sobre as atividades, licenciando-as ou não, assim como impondo as respectivas condições e limites, em caso positivo;
2. O exercício do órgão competente, nos termos da legislação ambiental, para licenciar empreendimentos potencial ou efetivamente poluidores;
3. A fiscalização do cumprimento das normas, regulamentos e limites estabelecidos pela própria administração, em cada caso concreto;
4. A aplicação das penalidades cabíveis, no caso de desrespeito à regra instituída, de acordo com o disposto na lei.

Portanto, cabe a todas as esferas do Poder Executivo – federal, estadual e municipal – exercer o Poder de Polícia, que, na gestão ambiental, é fundamental para o controle das atividades danosas. É de fácil entendimento que o Estado necessita de mecanismos próprios para que se atinjam os objetivos, prevalecendo sempre o interesse público sobre o privado. Esses mecanismos são exteriorizados por meio dos poderes políticos. São exercidos pelo Legislativo, pelo Judiciário, e pelo Executivo, no desempenho de suas funções constitucionais, e de poderes administrativos que surgem secundariamente com a administração pública.

6 Considerações finais

Há constatação da omissão dos municípios na execução de políticas públicas para coibir os maus tratos aos animais decorrentes das brigas de galos.

Cabe destacar que, por um lado, dada a proximidade física do município com os locais das rinhas de galos, torna-se mais fácil a sua identificação, bem como mais ágeis as ações no sentido de flagrar e penalizar os infratores. Por outro lado, poderá haver dificuldades na execução do Poder de Polícia em função do porte dos municípios e de sua infraestrutura – pessoas, veículos, sistemas de comunicação e denúncias, entre outros. Tais dificuldades poderiam ser superadas por meio de ações conjuntas entre os demais órgãos estaduais e federais; entretanto, tais órgãos também apresentam estruturas deficitárias e não conseguem atender todas as demandas de proteção ambiental que lhes competem.

Quanto ao papel da sociedade nesse contexto, também se apresenta bastante limitada a atuação, resultando apenas nas denúncias dos locais das rinhas, que nem sempre são delatados à polícia. Não se percebe no Nordeste uma pressão social para uma política ambiental municipal de proteção aos animais, tampouco para a coibição das rinhas de galo. Inclusive, para alguns grupos sociais, as rinhas de galo são vistas como fonte de renda e lazer, mesmo com a consciência de que são práticas ilegais e que os galos perdedores, quando não morrem, ficam mutilados.

Por fim, cabe fazer uma reflexão acerca do distanciamento entre a legislação brasileira de proteção à fauna e sua efetividade na prática. O aparato legal desprovido de infraestrutura (humana, tecnológica, financeira etc.) dos órgãos públicos apenas mascara a atuação do poder público, que, aliado à falta de políticas públicas e efetiva participação da sociedade na busca dos interesses individuais resulta na falta de proteção aos animais.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1966.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2008.

BRASIL. **Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934**. Dispõe sobre penas para maus-tratos aos animais. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/>>. Acesso em: jun. 2011.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 fev. 1998.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

CARDOSO, Carlos de Montevaldo Ricarte. **Depoimento** [jan. 2013]. Entrevistador: M. L. Escobar. Mossoró, 2013. Entrevista do Diretor do IBAMA no Rio Grande do Norte concedida para elaboração de Tese de Doutorado ao Programa de Pós-Graduação em Recursos Naturais da Universidade Federal de Campina Grande.

COLUCCI, Maria. O dever de preservação da vida animal como emanção do princípio da “sadia qualidade de vida”. **Revista brasileira de direito animal**, Salvador, v. 6, n.9, p. 265-278, jul./dez. 2011.

ESCOBAR, Marco L.; AGUIAR, José Otávio. O Direito Animal em Face da Espetacularização: O caso das rinhas de galo no nordeste brasileiro: Isso é manifestação cultural? **Revista UNIABEU**, Belford Roxo, v. 5, n. 10, p. 274-288 maio/ago. 2012. Disponível em: <http://www.uniabeu.edu.br/publica/index.php/RU/article/viewFile/452/pdf_214>.

FAVER, Tom. **Revista brasileira de direito animal**, Salvador, v. 6, n. 9, p. 130-167, jul./dez. 2011.

FIORILLO, Celso A. Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIARETTA, Juliana Barbosa Zuquer; FERNANDES, Valdir; PHILIPPI JR., Arlindo. Gestão Ambiental Municipal no Brasil: condicionantes à participação social. IN: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS - GRADUAÇÃO E PESQUISA EM AMBIENTE E SOCIEDADE, 5., 2010. **Anais...** Florianópolis, SC: ANPPAS, v. 1, p. 1-20, 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1414-753X2012000100012>>. Acesso em: 08 jan. 2013

JAMES, Rosemary F.; BLAMEY, Russel K. Public participation in environmental decision-making – rhetoric to reality? In: INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON SOCIETY AND RESOURCE MANAGEMENT, 1999, Brisbane. **Proceedings...** Brisbane - Austrália, 1999. p. 1-25.

LOSEKANN, Cristiana. Participação da sociedade civil na política ambiental do Governo Lula. **Revista Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. 15, n. 1, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1414-753X2012000100012>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORANDI, Sônia; GIL, Isabel Castanha. **Tecnologia e meio ambiente**. São Paulo: Copidart, 1999.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**: Proclamada em Assembleia da UNESCO em Bruxelas, Bélgica, dia 27 de Janeiro de 1978. Disponível em: <<http://www.propq.ufscar.br/comissoes-de-etica/comissao-de-etica-na-experimentacao-animal/direitos>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

NALINI, José Renato. Poder Judiciário. In: TRIGUEIRO, André (Coord.). **Meio ambiente no século 21**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

SINGER, Peter. **Ética prática**. Lisboa: Gradiva, 2000.

STEFANELLO, M. B. Gestão Ambiental Compartilhada entre Estado e Municípios. **Revista de Pesquisa e Pós-Graduação**, Santo Ângelo, 2003.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas *ad hoc*.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site www.publicacaoe-sacademicas.uniceub.br, com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Padê: estudos em filosofia, raça, gênero e direitos humanos
- Prismas: direito, políticas públicas e mundialização
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- **Universitas Relações Internacionais**



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002),

apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-cub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

V. 4, n. 1

“Como eu escrevo”

Richard Posner
Tradução de Ana Caroline Pereira Lima
Thiago Santos Aguiar de Pádua

Boola!

Duncan Kennedy
Tradução de Ana Caroline Pereira Lima
Thiago Santos Aguiar de Pádua

A comida fica na cozinha: tudo que eu precisava saber sobre a interpretação de um estatuto eu aprendi quando tinha 9 anos

Hillel Y. Levin
Tradução de Jefferson Carús Guedes
Ana Caroline Pereira Lima
Thiago Santos Aguiar de Pádua

Políticas públicas: uma contribuição sucinta à edificação de um modelo para sua análise

Victor Manuel Barbosa Vicente

Direito à saúde, políticas públicas do Sistema Único de Saúde e acesso ao serviço público hospital e ambulatorial

Emerson Affonso da Costa Moura
Fabrizia da Fonseca Passos Bittencourt Ordacgy

Autismo: o ideal e o real na efetivação da decisão jurisdicional que implementa políticas públicas

Grasielly de Oliveira Spínola

Direito à saúde, políticas públicas e portadores de transtorno mental: a internação compulsória do dependente químico no município do Rio de Janeiro

Emerson Affonso da Costa Moura
Laila Rainho de Oliveira

Produção de alimentos: agricultura familiar x cultura de exportação no Brasil, sob a perspectiva da sustentabilidade

Luá Cristine Siqueira Reis
João da Cruz Gonçalves Neto

Direito agroalimentar e território: reflexões sobre o uso da água na atividade agrícola

Rodolfo Franco

A construção de novas políticas sociais: o caso de Mato Grosso do Sul

Ricardo Luz Chagas Amorim

Programas sociais brasileiros e sua relação com a pobreza, a desigualdade e o desenvolvimento

Mirian Aparecida Rocha
Rosa Maria Olivera Fontes
Leonardo Bornacki de Mattos
Jader Fernandes Cirino

A jurisdição constitucional e a contextualização do texto da constituição federal de 1988: mutação constitucional

Eduardo Sadalla Bucci

Políticas públicas na fronteira trinacional: o desafio ao pleno exercício da cidadania

Priscila Lini

Representação interventiva, jurisdição constitucional e conflito federativo

Marcelo Rodrigues Mazzei
Sebastião Sérgio Silveira
Henrique Parisi Pazeto

A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário

Felipe Furtado Ferreira
Eduardo Carlos Pottumati

Tributação & regulação: um diagnóstico sobre inter-relações possíveis

Veyzon Campos Muniz

Análise econômica do direito: a eficiência da norma jurídica na prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor

Héctor Valverde Santana

Inovação para quem? O caso da política de inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora

Marcos Vinício Chein Feres
Marcelo Castro Cunha Filho

A Ponderação como Mecanismo de Solução de Conflitos entre Princípios Norteadores do Direito Penal Ambiental

Maria Isabel Esteves de Alcântara
Michelle Lucas Cardoso Balbino

A necessidade de políticas públicas ambientais municipais e participação popular para coibir as brigas de galo

Marco Lunardi Escobar
Lucia Santana de Freitas
Gesinaldo Ataíde Candido
